بسم الله الرحمن الرحيم

تم رفع هذه المادة العلمية من طرف أخوكم في الله: خادم العلم والمعرفة (الأسد الجريح) بن عيسى قرمزلي. ولاية المدية

الجنسية جزائرية

الديانة مسلم

موقعي المكتبة الإلكترونية لخادم العلم والمعرفة للنشر المجاني للرسائل والبحوث على

www.Theses-dz.com

للتواصل: رقم هاتف 00213771087969

البريد الإلكتروني: benaissa.inf@gmail.com

حسابي على الفيسبوك: www.facebook.com/Theses.dz

جروبي: https://www.facebook.com/groups/Theses.dz

تويتر https://twitter.com@Theses_DZ

الخدمات المدفوعة

01- أطلب نسخة من مكتبتي



السعة: 2000 جيقا أي 2 تيرا !

فيها تقريبا كل التخصصات

أكثر من 80.000 رسالة وأطروحة وبحث علمي

أكثر من 600.000 وثيقة علمية (كتاب، مقالة، ملتقى، ومخطوطة...)

المكتبة مع الهرديسك بالدينار الجزائري 50.000.00 دج

المكتبة مع الهرديسك بالدولار: 500 دولار .

المكتبة مع الهرديسك بالأورو: 450 أورو

02-نوفر رسائل الأردن كاملة 20 دولار للرسالة الواحدة على https://jutheses.ju.edu.jo/default2.aspx

لا تنسوني بدعوة صالحة بظهر الغيب: ردد معي 10 سبحان الله وبحمده سبحان الله العظيم

اللهم صل وسلم على نبينا محمد .... بن عيسى قرمزلي 2016.

جامعة الجزائر
معهد العلوم القانونية والادارية

نظام الرهن الحيازي الوارد على المنقول في التشريع المدني والتجاري الجزائري

بحث لنيل شهادة الماجستير فى العقود و المسؤولية

من اعداد
ابراهيم بن غانم

تحت اشراف
الدكتور الاخضر بن عزى

لجنة المناقشة
الدكتور : . . . . رئيساً
الدكتور : . . . . مقرراً
الدكتور : . . . . عضواً

جانفي 1985

ا/ستاذ بن عزي
٢٥/١/١٩٩٠

اهـــداء

أهـــدى هذا المجهـود المتواضـــع لكل اولائـــك الذيـن مكنونــــى ان اتابـــع الدراسة فى جامعة جزائريــــــة ، حرة ، مستقلــــة " فمنهـــم من قضـــى نحبــه ومنهـــم من ينتظــــــر ومابــــدلوا تبــــد يـــلا " والى والـــدى وابنائى واساتـــذتى ، وكل الذين ساهمـــوا فى ابراز هذا العمـــــل الى الوجـــود .

بسم الله الرحمان الرحيم -

مقدمة :

ان الرهن الحيازى هو احد انواع التامينات العينية التي ظهرت في بعض المجتمعات التي بلغت شأوا كبيرا من التقدم وكانت لها تشريعات على درجة عالية من التطور (1) ، وعليه فان التامين العيني في العهد الروماني قد خضع لتطورات مختلفة تلبية لحاجيات المجتمع واستجابة لنضج الفكر القانوني التي توصل اليه ، فكان التامين العيني في بادئ الامر ينشأ في شكل نقل ملكية المدين اولا الى الدائن ، مع التزام هذا الاخير بنقل هذه الملكية مرة ثانية الى المدين عندما يستفي دينه في الاجل المحدد له .

ثم تبلورت هذه الطريقة الى انشاء فكرة بيع الوفاء ، ذلك بتقديم المدين عينا معينة للدائن على سبيل البيع تحت شرط فاسخ ، فينفسخ العقد بتحقق الوفاء بالدين ، وتعود بالتالي ملكية الشيء الى المدين بقوة القانون (2) .

---

(1) الدكتور عبد الرزاق السنهوري ـ الوسيط في شرح القانون المدني ، ج 10 ـ بيروت ـ طبعة 1970 ـ صفحة 13 ـ فقرة 6 و ص262 فقرة 112 .

(2) ان طريقة بيع الوفاء تفقد للمدين دعوى الاستحقاق ، اذا ما تصرف الدائن في الشيء الى الغير ، او كان الدائن معسرا من جهة وليس للمدين على الدائن سوى دعوى شخصية ناشئة من عقد الائتمان (Contrat de Fiducie) بالاضافة الى ان هذه الطريقة قد تعرض المدين الى فقد ملكية الشيء ذاته ابديا في حالة عجزه بالوفاء بالدين عند استحقاقه
Mazeaud: le cours de droit civil, T.III.1è Volume. 5é éd. Paris. 1977.P. 71. N° 63.

./.

ولما بلغ المجتمع الروماني الى درجة من الحضارة والتقدم استطاع ان يميز بين حق الملكية والمحل الذى ينصب عليه، كما استطاع ان يميز بين الحقوق العينية الاصلية والحقوق العينية التبعية (1) وبذلك استحدث مرحلة جديدة للتامينات، بحيث يكون للمدين ان يقرر حقا عينيا تبعيا على الشيء دون ان يفقد حقه في ملكيته، وعلى ذلك يجوز له ان يقدم مالا معينا للرهن دون ان يفقد حق الملكية، ويكون للدائن حق تتبع الشيء في اى يد يكون ويسمى هذا الحق VINDICATIO PIGNORIS

تلك هي المرحلة التي نشأ عنها نظام الرهن الحيازى ويسمى PIGNUS او GAGE (2) ولا زالت معظم التشريعات الحديثة تأخذ به بعد ما ادخل عليه بعض التعديلات، اذ كان في عهده الاول، عند نشوئه يفرض على الدائن اتخاذ موقف سلبي تجاه الشيء المرهون بحيث لا يسمح له سوى الاحتفاظ به وحبسه حتى يستوفي حقه ٠

---

(1) السنهورى — المرجع السابق — ص13 فقرة 6 — الدكتور على علي سليمان شرح القانون المدني الليبي ط 1969 — ص552 فقرة 29 ٠

(2) يلاحظ ان الدكتور احمد سلامة في مقال له تحت عنوان (الرهن الطليق للمنقول) والذى نشر في مجلة العلوم القانونية والاقتصادية، يوليو 1968، عدد 2، السنة 10 طبعة جامعة عين شمس — صفحة 304 وما بعدها، يقول = ان المرحلة الاولى تسمى بطريقة السبيكة والميزان Per- Des- Libnam. او عقد قرض (Mexum) ويقول ان هذا التصرف قد شمل الاشياء بعد ما كان قاصرا على الاشخاص وكان من اثر ذلك ان يرهن المدين امواله عبيدا او اراضا وتنتقل اليه حيازته، ويحق له استعماله لكن يلتزم برده عند استيفاء دينه ٠ اما المرحلة الثانية فتسمى بطريقة عقد الائتمان، وبمقتضاه كان الدائن يمتلك الشيء المرهون مع تعهده باعادة ملكيته الى الراهن حين يقوم هذا الاخير بسداد الدين الذى عليه (تلك هي طريقة بيع الوفاء) ٠ اما المرحلة الثالثة فتسمى بطريقة عقد الرهن، وهي تعني نقل الحيازة بطريق عقد الرهن الذى يعرف بكلمة GAGE او Pignus ومن مقتضاه ينقل الحيازة الى الدائن المرتهن ويبقى المدين مالكا لها ٠

٠/٠

ثـم تطـور الامـر وسمـح للـدائـن ان يشتـرط فـي العقـد بـأن يبيـع الشـيء المرهـون Pactum vendendi او يتملكـه Lex- commissoria عنـد عـدم الوفـاء بالديـن المضمـون بالرهـن فـي الاجـال المحـددة لـه . ولما جاء Constantin الغـى شـرط تملـك المرهـون عنـد عـدم الوفـاء ، لكنـه ابقـى عـلى شـرط بيع المرهـون المذكـور سلفـا ، واعتبـره مـن مستلـزمـات عقـد الرهـن ، بحيـث اعتبـر كـل شـرط يمنـع الدائـن مـن هـذه المكنـة يكـون مـآلـه البطـلان (1) .

وكـان الرهـن الحيـازى (كالرهـن الرسمـي) فـي القانـون الرومـانـي يـرد عـلى العقـار والمنقـول عـلى السـواء ، لكـن لا ينشـأ عقـد الرهـن الا بتسليم الحيـازة ، وسـار القانـون الفرنسـي القديـم عـلى هـذا النمـط حتـى القـرن السادس عشـر (2) ، تاريـخ بدايـة التجـاء الافـراد الـى استعمـال الرهـن الرسمـي بكثـرة عـلى حسـاب الرهـن الحيـازى الوارد عـلى العقـار .

ولمـا حـل عهـد التقنيـن المدنـي الفرنسـي (تقنين نابليـون) غير التصنيـف الـذى كـان معمـولا بـه مـن قبـل ، فحصـر الرهـن الرسمـي فـي العقـار وسمـاه hypothèque immobilier وسمـى الرهـن الحيـازى الوارد عـلى العقـار والمنقـول بـ Nantissement فـاذا ورد الرهـن الحيـازى عـلى المنقـول فحسـب يسميـه GAGE اما اذا ورد عـلى العقـار فيسميـه ANTICHRESSE .

---

(1) مـازو ـ المرجـع السابق ـ ص 70 ـ فقـرة 61 .

(2) السنهورى ـ المرجـع السابـق ـ الجـزء العاشـر ـ ص 262 ـ فقـرة 112 وايضـا علي سليمـان ـ المرجـع السابق ـ ص 553 ـ فقـرة 29 .
وراجع خلاف هذا الراى الاستاذ فواييه J.Foyer, le principe du gage avec dépossession, étude Hamel, Paris. 1953.P. 17
حيث يقـول = ان الـقانون الفرنسي القديـم لا يعرف سوى نظام بيـع الوفاء ، ومعنـى ذلـك ان نظام الرهن الحيـازى عند هـذا الكاتـب قـد ظهـر بعد القانـون الفرنسي القديـم .

./.

بجانب هذا نريد ان نشير في هذه المقدمة انه وان كانت المحاكم القنصلية الاولى التي تأسست للنظر في المنازعات التي تنشأ من جراء ممارسات الاعمال التجارية ،تنظر ايضا في المنازعات التي تنشأ من جراء ممارسات الديون التجارية ،لانها مختصة في الالتزام الاصلي ،لكن المحاكم التجارية هذه ظلت حتى صدور قانون 23 ماى 1863 (الذى عنى بالرهن التجارى) تطبق على هذه المنازعات القواعد الموضوعية الواردة في القانون المدني (1) .

اذن فالنصف الثاني من القرن 19 وبالخصوص القانون الصادر بتاريخ 1863/05/23 يكوّن مرحلة اخرى وعهدا جديدا في تطور قواعد الرهن الحيازى الوارد على المنقول، بالخصوص، واسباب هذا التطور يرجع الى ما تتميز به هذه الفترة ،حيث ازدهرت فيها الرسمالية الصناعية والتجارية واستتبعت معها انقلابا في الاوضاع الاقتصادية والاجتماعية،مما ادى الى خلق ثورة تشريعية تغير على اثرها النظام القانوني الذى كان يحكم الرهن قبل 1863 ، ذلك النظام الذى كان يحمي المصالح غير المصالح التي يراد حمايتها بالنظام القانوني الجديد ،فبينما كان اهتمام المشرع سابقا بالدائنين العاديين وحمايتهم فوق كل اعتبار آخر،صار الاتجاه بالقانون الجديد الى الاهتمام بالتجار ومصالحهم ،فبسط لهم القواعد القانونية ، ومن ذلك تخليص الرهن التجارى من الشكليات المفروضة عليه قبل هذا القانون ،كما انشأ انواعا اخرى من الرهون الواردة على المنقول دون انتقال الحيازة وسماها بـ Gage sans dépossession تقترب في تنظيمها الى الرهون

---

(1) الاستاذ فواييه (F. FOYER) نفس المرجع — ص 16 .

./.

الرسمية، بل ومن الفقهاء من كيفها على انها تأمينات حقيقية في المنقول (1) ونذكر منها ما يلي =

الرهون الرسمية التي ترد على السفن Hypothèque maritime ومراكب نهرية Hypothèque fluviale والطائرات Hypothèque aéronefs. كذلك انشأ رهونا ترد على المحاصيل الزراعية Hypothèque agricol وعلى الادوات الصناعية industriel او الحرفية professionn-elle. او الادوات الفندقية Hôtélier وعلى المنتجات البترولية Pétrolièr او على مخزونات الحرب sur stoks de guerre بواسطة سندات تسمى Warrants.

كما انشأ رهونا اخرى ترد على السيارات بواسطة تأشير في سجل خاص يحفظ بها الرهن لمدة 5 سنوات، ورهون ترد على الافلام السينمائية بواسطة ايداع وثيقة عقد الرهن في المركز الوطني للسينماتوغرافية le nantissement sur films cinématographique واخرى ترد على الصفقات العمومية او المحال التجارية (2)، هذه الانواع المختلفة من الرهون كانت نتيجة الثورة التشريعية التي ظهرت في فرنسا ابتداء من النصف الثاني من القرن التاسع عشر كما ذكرنا .

ونحن بالطبع لا نتناول هذه الانواع من الرهون في بحثنا، الذى يقتصر على الرهون الحيازية دون غيرها، لان رهن المنقولات دون انتقال الحيازة

---

(1) الدكتور محمد حسنينبي، الحقوق العينية التبعية، مطبوعة جامعية للسنة الثالثة عام 73/72 - ص 25 - الدكتور عبد الرزاق السنهوري - المرجع السابق - ج 10، ص 265 . وعلى خلاف هذا الراى يقول الدكتور شمس الدين الوكيل، المرجع السابق ص 150 حاشية رقم 1 ان هذه الانواع من الرهون قريبة الشبه بنظام الرهن الرسمي الذى يعرفه التقنين المدني .

(2) الدكتور احمد سلامة - المرجع السابق - ص 304 وما بعدها . وايضا هيمارد Jean Hemard, traité théorique et pratique du droit commerçial les contrats commerçiaux, Paris 1953.P.292 et suit.

./.

تقتضي دراسة خاصة لكل منقول على حده ذلك لصعوبة وضع قواعد نظرية عامة لهذه التامينات ولاختلاف الطبيعة القانونية لها باختلاف كل منقول (1) .

كما لا نتناول في الرهون الحيازية الواردة على المنقول المعنوى سوى الديون العادية والقيم المنقولة ، اما الحقوق المعنوية الاخرى (التي سنشير اليها " نستبعدها من الدراسة لنفس السبب الذى استبعدنا به رهن المنقولات دون انتقال الحيازة ، ويبقى موضوع بحثنا اذن منحصرا في الرهن الحيازى الوارد على المنقول المادى والديون العادية او الحقوق الممثلة في الاسهم والسندات في التشريع المدني والتجارى الجزائرى كما وردت بنص المواد 948 الى 981 مدني ومواد 31 الى 33 تجارى .

وغني عن البيان بأن الدافع لدراسة موضوع الرهن الحيازى الوارد على المنقول هو ان التشريع الجزائرى حديث النشأة ، وبالتالي يحتاج الى اقلام الكتاب لشرحه وتوضيحه . اذ وان كان المشرع قد استفاد بتجارب البلدان الاخرى كمصر وفرنسا بالخصوص الا ان تشريعنا لا يخلو من ثغرات وتناقضات وغموض والتباسات تستوجب الوقوف عندها ذلك ما سنحاول تبيانه في مواضيعها من هذا البحث .

وعلى سبيل المثال نطرح من البداية المسائل الاتية :

1 - ان مفهوم الرهن الحيازى عندنا لا يفيد نفس المعنى الذى اعتادت في فهمه لدى التشريعات الاخرى ، اذ قد يعني به الرهن الذى يقتضي نقل الحيازة الى المرتهن او العدل كما يعني به فقط الرهن دون انتقال الحيازة .

2 - ان المادة 948 مدني تنص على ان الرهن عقد رضائي اما المادة 975 مدني والمادة 5/31 تجارى تستلزم اجراء عقد الرهن في شكلية معينة الامر الذى يطرح سؤالا فيما اذا كان عقد الرهن في التشريع الجزائرى عقداً رضائياً ام شكلياً ؟

---

(1) استاذنا محمد حسنين - المرجع السابق - المطبوعة الجامعية - ص 26 .

3 ـ ان نص المادة 955 مدني يوحي على ان المشرع قد جعل على عاتق الدائن المرتهن التزامًا بعناية في الحفاظ على الشيء المرهون والتزامًا بغاية في نفس الوقت، الامر الذى يثير الالتباس فيما هو نوع الالتزام الذى يقع على عاتقه ؟

4 ـ ان الرهن الرسمي يستلزم في الراهن ان يكون مالكا للشيء المرهون واهلا للتصرف فيه ، اما في الرهن الحيازى لم يتعرض المشرع لهذا الشرط ولم يحيلنا الى تطبيق احكام الرهن الرسمي "مادة 884 مدني" . فهل لسكوت المشرع معنى يفيد ان في الرهن الحيازى لا يشترط امتلاك الراهن العين المرهونة ولا التمتع بأهلية معينة ؟

5 ـ ان الرهن الحيازى عادة كغيره من الرهون يخضع لمبدأ عدم التجزئة التي تنص عليها المادة 892 مدني والمتعلقة بالرهن الرسمي ، لكن المشرع قد اغفل الاحالة اليها في الرهن الحيازى ، فهل معنى ذلك انه يعفي هذا الرهن من تطبيق هذا المبدأ عليه ؟

6 ـ ان المادة 975 مدني المتعلقة برهن الديون تنص على ان القبول الصادر من المدين يقوم مقام الابلاغ ، اما نص الفقرة الرابعة من المادة 31 تجاري فقد اكتفى بالابلاغ دون القبول ، فهل ان مشرعنا لا يريد جعل القبول في مستوى الابلاغ في رهن الديون التجارية ؟

7 ـ ان المادة 976 مدني تنص على ان رهن السندات الاسمية او السندات لامر يتم بالطريقة الخاصة بها والمنصوص عليها قانونا ، فهل هذه الطريقة يعني بها الاحالة الى احكام القانون التجارى ام هناك احكام اخرى ؟

8 ـ ان الفقرة الرابعة من المادة 31 تجارى تقضي بان رهن الديون التجارية تخضع لاحكام خاصة بها ، فهل ان المشرع يريد ان يحيلنا الى نص المادة 31 تجارى، التي تحيل بدورها على المادة 30 تجارى وبالتالي يعفي

./.

هـذا الرهـن مـن ايـة شكليـة،ام انـه يحيلنـا الـى احكـام حـوالـة الحـق في القانون المدنـي، مجـاريـا المشـرع الفرنسـي والمصرى ،ام انه يـريـد بعبـارة (الاحكام الخاصة " الاحـالة الـى مـا تنـص عليـه الفقـرة الخامسـة مـن المادة 31 تجـارى والتـي تستوجـب اثبـات حـوالـة الديـن المتعلقـة بالامـوال المنقـولـة بعقد رسمي ؟

9 ـ اعتبـر نـص المادة 31 تجـارى ونـص المادة 698 تجـارى السندات لامـر والاسهـم عـلى انهمـا قيمـا منقـولـة لكـن اشتـرط للتداول بالسهـم بنص المادة 3/31 تجـارى ابرام الحـوالـة فـي عقـد رسمـي ،فهـل بقـي فـي القانـون الجـزائرى ما يسمى بالقـيم المنقـولـة ؟

هـذه هـي بعـض المسائـل التـي تنـفـرد بهـا المشـرع الجـزائـرى بالمقارنة مع مـا هـو معمـول بـه فـي البلـدان الاخـرى بالخصـوص مصـر وفرنسـا . نريـد التركيـز عليهـا فـي هـذه المقدمـة بجـانـب المسـائـل الاخـرى التـي لـم يتناولهـا المشـرع كغيـره مـن المشرعيـن واثـارت جـدلا فقهـيـًا واجتهـادًا قضائـيـًا سنتناولهمـا في مواضيعهما وللاجابـة عـلى هـذه التساؤلات توخينـا فـي دراسـة الموضوع الخطـة التاليـة =

ـ يـلاحـظ اننـا تغافلنـا عـن تخصيـص فقـرة خاصـة لموقـف الشريعـة الاسلاميـة فـي الموضوع ذلك تقديـرا منـا ان البحث يتعلـق بالقانون الوضعي، ومـع ذلك نشيـر، ان الرهـن الحيـازى ثابت في الذكر الحكيم " وان كنتم على سفـر ولم تجدوا كاتبـا فرهان مقبوضـة " وثابت في السنـة الشريفـة من ان الرسول "ص" اشترى من يهـودى طعاما ورهـن درعـه ممـا دعـى الفقهـاء المسلميـن الـى تنظيم احكـام الرهـن الحيـازى واختلفـوا فـي جـوازه فـي غيـر ظـروف السفـر اذ ذهب بعضهم الـى القـول بعدم جـوازه استنادا الى ظاهر الاية ،اما الجمهـور فيقـول بجـوازه استنادا لمـا ورد في السنـة .
ولمزيد من الفائدة نورد التعاريف الاتية للرهن الحيازى في الشريعة الاسـلاميـة ، تعرفه مجلة الاحكام العدلية الماخوذة من المذهب الحنفي كما يلي " للدائن المرتهـن ان يحبس الشيء المرهون الى حين فكه باستيفاء الدين م/70 " راجع الدكتور صبحـي المحمصاني ،النظرية العامـة للموجبات والعقـود في الشريعـة الاسلامية ،ج 2 بيروت

./.

نهـلل بحثنا بباب تمهيدى نتناول فيه مفهوم الرهن الحيازى في تشريعنا والمبادىء التي تحكمه ، ثم نقسم الموضوع الى قسمين ، فالقسم الاول يتناول القواعد العامة المطبقة على انشاء الرهن واثاره وانقضائه ، اما القسم الثاني فيتناول الاحكام الخاصة التي يتميز بها كل رهن على حده ماديا كان ام معنويا ، مدنيا كان ام تجاريا .

1948 ـ ص267 ، ويعرفه الشيخ خليل " ملكي المذهب " بما يلي " الرهن هو بذل من له البيع ما يباع او غرر ولو اشترط في العقد وثيقة في حق " .
كما عرفه ابن عرفة قئلا ثلا = " الرهن ما قبض توثيقا به في دين " راجع الاستاذ محمد طيار مجموعة النصوص الفقهية والوثائق ، الطبعة الثانية ـ الجزائر 1981 ، ص90 وما بعدها .
كما يعرفه القرطبي في تفسيره " الجامع لاحكام القرآن " الجزء الثالث ـ ص409 " بانه احتباس العين وثيقة بالحق يستوفي الحق من ثمنها او من ثمن منافعها عند تعذر اخذه من الغريم " اشار اليه الدكتور احمد سلامة في مقالته المذكورة سلفا ، ص329 .
ومن الجدير بالملاحظة في هذا الصدد ان الشريعة الاسلامية لا تعرف سوى الرهن الحيازى ، من ضمن التامينات العينية ، وهو يرد على عقار او منقول مثليا كان اوقيميا ، راجع في هذا المعنى الدكتور السنهورى ـ المرجع السابق ج 10 ـ ص341 ـ ف51 وص747 بند 5 . وايضا محمد وحيد سوار الحقوق العينية التبعية ، الجزء الثاني ط 1969 ـ دمشق ـ ص19 . وايضا استاذنا الدكتور علي علي سليمان ـ شرح القانون المدني الليبي ـ بيروت ـ ط 1969 ـ ص552 ـ فقرة 29 . وايضا استاذنا الدكتور محمد حسنيني ، المرجع السابق ـ المطبوعة الجامعية ـ ص27 .

البـــاب التمهيـــدى

الفصـل الاول

مفهـوم الرهـن الحيــازى وتعريفـــه

المبحث الاول : مفهـوم الرهـن الحيازى في تشريعنـا .

ان مفهـوم الرهـن الحيـازى فـي تشريعنـا يختلـف عـن مـا هـــو متعــــارف عليــه فـي بعـض التشريعـات الاخـرى (1) . ذلك ان محلـه قـد يكـون عقـــارا او منقـولا . مع ان الفقـه يقـول ان التقسـيم الحـديث يتجـه الـى قصـر الرهـن الحيـازى علـى المنقـــول فقـط دون العقـار (2) .

بالاضافـة الـى ذلـك فـان عبـارة " الرهـن الحيـازى فـي تقنيناتنـا " لا تفيـد دائمـا الرهـن الـذى يـؤدى الى نقـل الحيـازة الـى الدائـن او الـى اجنبـــي متفـق عليـه وتجـريـد المـديـن منهـا علـى النحـو الـذى نص عليـه فـــي المــواد 948 و 961 مدنـي و 32 تجـارى ، اذ قـد سمـى المشـــرع الرهـن الـوارد عـــلى ادوات التجـهيـز والمعـدات بالرهـن الحيـازى بنصـوص المـواد 151 و 152 و 153 وما يتبعـها ، بالـرغـم من ان هـــذا النـوع من الـرهـون قـــد اتفـق عليهـا فقهـــا

---

(1) التشريع الفرنسي نص المادة 2072 مدني "le nautissement d'une chose mobiliere s'appelle GAGES celui d'une chose Immobiliere s'appelle autichresse"

- Repertoire ENCYCLOPEDIQUE de droit Français, Paris.T9.P544n°16&66 1894

(2) الاستاذ علي علي سليمان ، شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، بيروت ، 1969 ص 553 .

- عبد الرزاق السنهورى : الوسيط ، ج 10 ط 1970 القاهرة صفحة 764 .

- سمير عبد السيد تناغو : التامينات الشخصية والعينية ، 1970 ، الاسكندريـة صفحـة 363 / 394 .

MARTY & RAYNAUD, les sureté; la Publicité Foncière. T.III 1 vol, Paris 1971 page 62 n° 106

- عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترمانيني ، الحقوق العينية ، ج II فـــي الحقوق العينية التبعية ، 1965 ، ص 28 .

- عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التامينات العينية ، القاهـرة ، طبعـــة 1956 ، ص 220 ، بند 249 .

على انها رهن دون انتقال الحيازة (1) وان المشرع قد اقتبس هذا النوع من الرهون واحكامها من القانون الفرنسي الصادر بتاريخ 1951/01/18 (1) كما سمى الرهن الوارد على المحل التجاري بنص المادة 118 تجارى وما بعدها ، بالرهن الحيازى ، بالرغم من انه من المتفق عليه ان المحل التجارى من المنقولات المعنوية وبالتالي لا يمكن حيازتها او غير قابلة للحيازة (2) .

ونضيف الى ذلك ان عبارة GAGE المستعملة بالنص الفرنسي في تشريعنا فبجانب انها لا تفيد نفس المعنى الذى يؤديها في قانونها الاصلي (اى التشريع الفرنسي) كما اشرنا ، فانها قد تفيد معاني تتعدى مقصد الشارع ، الى اشياء اخرى (3) .

فكما انه قد يتجه معناها الى العقد ذاته Le contrat de gage او الى الضمان الذى ينتج عنه la sureté que resulte de ce gage الذى نسميه بحق الرهن Droit de gage او الى المال المرهون Fournir un gage (4) .

فان معناها قد يتجه ايضا الى الضمان العام الذى للدائن العادى على ذمة المدين ويقال عند ذلك Les créanciers chirographaires ont un droit de gage général sur le patrimoine de leur debiteur.

---

(1) CORNU - Gerard, La loi du 18 janvier 1951 relative au nantissement de l'ontillage et du Matriel d'équipement Le gage commerçial, sous la Direction de J. Hamel, Paris 1953. Dalloz.P 442 et suiv.
Claude Morel, nantissement de l'outillage et du Matriel, ENCYCLOPIDIE. Dalloz.Comm. 2è éd.T.IV n° 7 et suiv.

(2) JUGLARR et IPPOLITO, traité de droit commer.T.I n° 220 et suiv et T.III n° 1216- 2è Al.

(3) MARTY - RAYNAUD, page 40 n° 63.

(4) DALLOZ. Repertoire pratique, nantissement, T.VIII n° 5

./.

وهي نفس العبارة التي عبر بها المشرع في قانوننا المدني باللغة الفرنسية (م 188مدني) .

واخيرا انه يجدر بنا ان نشير منذ البداية من ان التسميات التي يضفيها الافراد على اتفاقاتهم لا تهم من الناحية القانونية بقدر ما يهم اتجاه نيتهم ومقصدهم ، وعلى ذلك فيمكن استنتاج عقد الرهن من الظروف المحيطة بالعقد ، او من خلال العبارات المستعملة فيه ، كأن يقال مثلا عطاء بقصد الضمان ، او بقصد تغطية الدين ، او وديعة او تسليم مع التزام بالرد ، وقد يكون الرهن في شكل بيع وفاء اخفاء للفوائد الربوية او تهربا من تحريم شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء او بيعه بلا اجراءات(1) . والمعمول به في فرنسا هو ان للقاضي سلطة تقديرية في تكييف طبيعة العقد بمعايير موضوعية ، حيث لا يغتر بالتسمية التي يضفيها الافراد على عقودهم ، بل يعتد بالمناصر المكونة له فحسب(1) . وعلى ضوء هذه الملاحظات ننتهي الى النتيجة الاتية من ان مفهوم الرهن الحيازى في التشريع الجزائرى قد يفيد تارة الرهن الذى يقدمه المدين ، ضمانا لدين عليه او على غيره ، وتنتقل الحيازة من المدين الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان كما قد يفيد الرهن الذى يقدمه المدين دون انتقال الحيازة . وهذا عيب في تشريعنا نقترح استدراكه على نحو تعطي عبارة الرهن الحيازى فقط للرهن الوارد على المنقولات المادية والناقلة للحيازة دون تعميمها على انواع اخرى كما ذكرنا وكما سنوف نرى ذلك في مكانه من هذا البحث .

---

(1) VIVANTE, traité de droit commerçial, Tom.IV , les obliga--tions, 1907 - 1909, Paris, 5è traduction, par J. ESCARA sur la 3è Edition, page 337.

ولقد دعم رايه بحكمان صدرا عن محكمة الاستئناف جنيس GENES بتاريخ 1877/02/27 و 1877/04/27 .

./.

المبحث الثاني : تعريف رهن المنقول .

لم يحاول المشرع ايجاد تعريف خاص لرهن المنقول ، مكتفيا بما جاء في نص المادة 948 مدني (التي اقتبسها من نص المادة 1096 مدني مصري) والتي تقضي بما يلي :

" الرهن الحيازى عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه او على غيره ان يسلم الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان ، شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء الى ان يستوفي الدين ، وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في ان يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في اى يد يكون " .

وعلى ذلك فان هذا التعريف يصدق على الرهن الحيازى الوارد على العقار او على المنقول ذلك باستعماله عبارة (شيء) كما ان هذا التعريف يصدق على الرهن المدني والرهن التجارى لان قواعد القانون المدني تسرى على العمليات التجارية اذا لم تتعارض نصوص القانون المدني مع القانون التجارى (م 974 مدني) .

هذا ولقد حاول بعض الفقهاء نقد هذا التعريف الذى اتانا به المشرع بنص المادة 948 مدني ، على اسس مختلفة ، ونحن وان لم تكن نريد الدخول في النقاش الفقهي الذى اثير في الموضوع فاننا لا نرى مانع ان نشير الى ملخص هذه الاراء بصفة مختصرة حيث ان البعض منهم يرى بأن الحق العيني التبعي لا يرد الا على شيء مادى ومعين بالذات ، وطبقا لهذا الراى فان رهن الديون لا تقرر الا حقوقا شخصية للدائن المرتهن (1) .

---

(1) شمس الدين الوكيل : نظرية التامينات في القانون المدني ، ط الثانية ، 1959 الاسكندرية - ص 58 و ص 435 . نفس المعنى للاستاذ حسن كيرة الحقوق العينية الاصلية - ص 66 اشار اليه الاستاذ سمير عبد السيد تناغو المرجع السابق - ص 400 ، حاشية رقم 1 .

./.

ويقترح اصحاب هذا الراى التعريف التالي للرهن الحيازى" على انه نظام قانوني يكفل الدائن بمقتضى تعاقد ابرمه مع الراهن ان يحبس المال المرهون وان يتقدم الدائنين العاديين التاليين له في المرتبة في استيفاء حقه من المقابل النقدى للمال المرهون في اى يد يكون (1) .

غير ان هذا التعريف يشوبه عيب، من انه يخلط بين معاني حق الحبس المقرر في القواعد العامة (م 200 مدني) وحق الحبس المخول للدائن المرتهن رهنا حيازيا ، حيث ان الحبس في هذه الحالة الاخيرة لا يعتبر بحق حبس بالمعنى الدقيق (2) كما سنرى في موضعه (3) .

اما البعض الاخر من الفقهاء (4) فقد انتقد التعريف الذى اتت به المادة 948 مدني على اساس انه يعرف عقد الرهن بدلا من ان يعرف حق الرهن الذى ينشأ عنه مما ادى بالبعض من هذا الفريق (5) الى اقتراح التعريف التالي :

" هو حق عيني تبعي ينشأ عن عقد رضائي ، ويقع على منقول او عقار يقدمه المدين او غيره وتنتقل فيه حيازة العين المرهونة الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان ويكون للدائن بمقتضاه الحق في حبس العين المرهونة ، وفي تتبعها في اى يد تكون حتى يستوفي منها حقه

---

(1) - BROANE, Nature juridique du gage des creances, thèse, Paris 1939, page 138/150 et sui

(2) شمس الدين الوكيل : المرجع السابق - ص 551 ، اذ يقول " فهناك خلاف بين حق الحبس في القواعد العامة وحق الحبس الذى يترتب بمقتضى عقد الرهن الحيازى من حيث ان الاول يعتبر سلطة اصيلة الوحيدة التي يملكها الحابس وانه لا يعطيه حق الامتياز ولا افضلية على الثمن المحبوس اما في الحالة الثانية فالامر يختلف تماما .

(3) راجع هذا البحث - ص 101 بند رقم 3 .

(4) منهم . علي علي سليمان : المرجع السابق - ص 551 - والدكتور عبد الفتاح عبد الباقي =

./.

بطريق الاولوية على غيره من الدائنين العاديين او التاليين له في المرتبة" .

هذا وبالرغم من شمولية هذا التعريف الاخير فقد حاول البعض ان يأتي بتعريف خاص للرهن المنقول . بقولهم" ان عقد رهن المنقول هو العقد الذى بواسطته يسلم المدين أو شخص ثالث منقولا الى الدائن او الى شخص ثالث يحفظه لحساب الدائن وذلك لتخصيص هذا المنقول للوفاء بالدين (1) :

الوسيط في التامينات العينية، القاهرة - ص 214 - بند 245 - ط 1956 .

(5) د.علي سليمان ، المرجع السابق ص 551 .

(1) الاستاذ محمد حسنين : الحقوق العينية التبعية، المطبوعة الجامعية سنة 1973/72 - ص 16

- Les Mazeaud. Leçons de droit civil, T. III, 5 éd. 1è vol suretés Publicité foncier, Paris 1977.P. 68, nº 60.

./.

الفصل الثاني

المبادئ العامة التي تحكم رهن المنقول ومميزاته

المبحث الاول : المبادئ التي يخضع لها رهن المنقول .

ان المبادئ التي يخضع لها رهن المنقول هي نفس المبادئ التي تحكم الرهن عامة ، ولذلك تستمد هذه المبادئ من النظام القانوني للرهن ككل . فقد نص المشرع الجزائرى في المادة 948 مدني على ان الرهن ، عقد ، ينشأ عنه حق عيني ، كما نص في المادة 892 مدني بأن الحق الناشئ عن عقد الرهن لا يتجزأ ، ونص في المادة 893 م بأن الحق العيني الذى ينشأ من عقد الرهن للدائن المرتهن هو حق تبعي .

وعلى ضوء هذه النصوص المبعثرة نستخلص ، اذن ، المبادئ العامة التي تحكم الرهون في التشريع الجزائرى ، بما فيها ما يخص رهن المنقول ، ونحن نشير اليها دون اسهاب وبقدر ما يحتمله الموضوع ، ذلك لبداهتها وورودها في كل دراسة عن الرهن وهذه المبادئ هي :

- ان رهن المنقول عقد رضائي ملزم للجانبين .
- انه يكسب للدائن المرتهن حقا عينيا تبعيا .
- وان هذا الحق غير قابل للتجزئة .

1 - اما كون العقد عقد رضائي وملزم للجانبين (1) فانه ينشأ بمجرد تبادل الايجاب والقبول المطابق له ، اما التسليم ما هو الا التزام ناشئ عن العقد

---

(1) بخلاف التشريع الفرنسي الذى لا يزال يعتبر عقد الرهن الحيازى من العقود العينية ، حيث لا تتم الا بالتسليم ، وبهذا قضت الغرفة المدنية لدى محكمة النقض منذ القديم بأن التسليم هو عنصر اساسي في عقد الرهن حتى وان كان الامر بين اطراف العقد ، بحكم مشهور نورد ملخصه فيما يلي :
Cir 18 MAI 1898. code civil, art 2071.n& 1" Il est de l'essence du contrat de nantissement que la chose donnée en gage soit mise en la possession du créancier ou d'un tier convenu, l'accompli--ssement de cette condition est nécessaire même entre les parties"

= ./.

وبالتالي فهو اثرا للعقد وليس ركنا له، فهو ينشأ على عاتق المدين الالتزام بالتسليم، وينشأ مقابل ذلك على عاتق الدائن التزاما بالمحافظة على الشيء المرهون، واستثماره، ورده عند انقضاء الغاية منه مع تقديم حساب للراهن عن الثمار الناتجة عنه .

اذن فعقد الرهن الحيازى بهذه المثابة انه يخضع للقواعد العامة في ابرام العقود وانشاء التصرفات القانونية من حيث وجوب توافر ركن الرضا السالم من العيوب التي تشوبه .

2 - اما كونه يتولد عنه حق عيني تبعي، فبما ان الرهن قوامه الدين وجودا وعدما (اما العكس فهو غير صحيح اذ قد يزول الرهن بسبب من الاسباب ومع ذلك قد لا يزول الدين المضمون) وتبعا لذلك فان الرهن يستعير صفاته من الدين المضمون، لانه تابعا له فهو بمثابة (النعت للمنعوت ان صدق التعبير) وتطبيقا لهذا المبدأ فاذا كان الدين الاصلي باطلا او قابلا للابطال او قد انقضى بأى وجه من اسباب الانقضاء كالوفاء او المقاصة او التقادم، فبالضرورة ان يتبعه في كل هذه الاحوال الرهن ويكون بالتالي باطلا او قابلا للابطال او منقضيا بالتبعية (1) . كذلك اذا كان الدين الاصلي تجاريا كان الرهن تجاريا، وان كان المدين الراهن ليس بتاجر . واذا كان الدين المضمون مقترنا بأجل او تحت شرط واقف أو فاسخ او مجرد حق احتمالي، فان الرهن يحمل

- ويلاحظ ان المشرع الجزائرى قد جعل من عقد الرهن عقدا رضائيا كقاعدة عامة ولكن استثناء قد جعل منه عقدا عينيا اذ لا يتم الا بتسليم السند ذلك ما تنص عليه نص المادة 100 من قانون الصفقات العمومية، سيأتي فيما بعد في هذا البحث في ص 208 حاشية رقم 2 .

(1) راجع استئناف مختلط، يناير 1908 م 20 ص 40 اشار اليه الاستاذ السنهورى المرجع السابق - الوسيط، ج 10 ط 1970 - القاهرة - ص 742، وبهذا المعنى الاستاذ عبد الفتاح عبد الباقي، المرجع السابق - ص 311 فقرة337 .

./.

نفس الصفقة فيكون مقترنا بأجل او معلق على شرط او احتمالي كالالتزام الناتج عن فتح الاعتماد (1)

هذا ويلاحظ انه ينبغي التمييز بين ثلاث حالات في الاجل المقترن بالدين المضمون ،فاما ان يكون عقد الرهن يحمل نفس الاجل الذى اقترن به الدين المضمون ،وهي الحالة المادية للرهن .

واما ان يكون الرهن قد انعقد لاجل اطول من الاجل الذى اقترن به الدين الاصلي ،والواقع ان الرهن في هذه الحالة يكون صحيحا وكثيرا ما يحدث ذلك ،بأن ينعقد الرهن لضمان الالتزام الاصلي والالتزام الفرعي مثلا ،كأن ينعقد الرهن لضمان تنفيذ التزام المقاول الذى تعهد بالقيام بالعمل ،فبالرغم من تنفيذ المقاول التزامه الاصلي فان الرهن يبقى قائما لضمان الالتزام الفرعي الناشئ من عقد المقاولة والمتمثل في ضمان جودة هذا العمل الذى قام به (2) وفي هذه الحالة الاخيرة يقتضي مرور فترة معينة من تاريخ تنفيذ العمل الاصلي حتى يتبين مدى جودة هذا العمل (3) ،ونكون في هذا الصدد امام الرهن الضامن لاكثر من دين واحد ،ولا نرى مانعا في ذلك اذ ان المادة 961 مدني تقضي بانه" يجوز ان يكون الشيء المرهون ضامنا لعدة ديون" (4) .

---

(1) اذا تقرر بطلان الدين بسبب نقص اهلية المدين او انعدامها ،فان الرهن المقدم من غير المدين تامينا لهذا الدين (كالكفيل العيني) يبطل تبعا لذلك وعليه فيتعين رد المال المرهون الى الراهن-راجع استئناف مختلط6/1/1908 - محاماة 20 ص 49 اشار الى الحكم السنهوري ،المرجع السابق ،ص747 حاشية رقم 1 .
وراجع : الاستاذ شمس الدين الوكيل : المرجع السابق -ص 73 -ف 32 ،حيث صنف هذه التبعية في امور اربعة : اذ يقول :
1 - من حيث وجود الالتزام :بمعنى الحق العيني المخول للدائن لا يترتب الا من وقت وجود الالتزام ويستثنى من ذلك الرهن المنعقد لضمان دين مستقبل او دين احتمالي ،او ضمانا لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جارى ،الذى اجاز القانون ترتيب الرهن قبل نشوء الدين - 2 - من حيث صحة الالتزام وسلامته :-
./.

واما ان ينعقد الرهن لاجل اقصر من اجل الدين المضمون ، ففي هذه الحالة يكون الغرض لم يتحقق ، من الرهن (والغرض المرجو منه) هو تحصين الدائن من خطر عدم تنفيذ المدين الالتزام المناط على عاتقه ، فاذا حدث ان اخل المدين بالتزامه بعدم التنفيذ فلن يتمكن الدائن من التنفيذ على الشيء الذى كان مرهونا عنده اذ ان هذا الشيء قد رد الى المدين الراهن او الكفيل الميني باستنفاذ اجله ، قبل ميعاد استحقاق الدين .

— كبطلان الالتزام مثلا فيبطل حق الرهن بالتبعية - 3 - من حيث انتقال الالتزام عن طريق حوالة الحق او حوالة الدين ، يظل الدائن الجديد مزودا بحق الرهن في مواجهة المدين او يبقى الدائن في حوالة الدين مستفيدا من حق الرهن في مواجهة المدين الجديد - 4 - من حيث انقضاء الالتزام ، ينعكس اثر انقضاء الدين على الرهن باستثناء حالة ما اذا انقضى الالتزام بالوفاء المقرون بحلول اتفاقي او قانوني او تجديد الالتزام المقيد في حساب جاري .

(2) المادة 551 مدني ، تقضي بما يلي :
"اذا تعهد المقاول بتقديم مادة العمل كلها او بعضها كان مسؤولا عن جودتها وعليه ضمانها لرب العمل" .

(3) المادة 554 مدني ، تنص على ما يلي :
"يضمن المهندس المعماري والمقاول متضامنين ما يحدث خلال عشر سنوات من تهدم كلي او جزئي فيما شيداه من مباني او اقامة من منشآت ثابتة اخرى ولو كان التهدم ناشئا عن عيب في الارض ويشمل الضمان المنصوص عليه في الفقرة السابقة ما يوجد في المباني والمنشآت من عيوب يترتب عليها تهديد متانة البناء وسلامته" .

(4) يلاحظ في هذه الحالة ان الالتزام الاصلي قد انقضى وبقي الرهن ضامنا التزام المقاول لجودة العمل ، غير ان هذا الالتزام مستقبلي قد يتحقق وقد لا يتحقق ، وبالرغم من ذلك فان الرهن يكون صحيحا طبقا لنص المادة 891 مدني التي نوالي شرحها في موضعها - راجع ص 55 .

./.

اذن فالرهن الذى ترجى منه النتيجة هو ذلك الذى ينعقد لاجل مساو لاجل استحقاق الدين المضمون او اطول منه . اما الفرض الثالث الذى ينعقد فيه الرهن لاجل اقصر من اجل الدين فتطبق عليه احكام المادة 952 مدني التي جعلت من واقعة رجوع الشيء المرهون الى حيازة الراهن قرينة على انقضاء الرهن الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء (1) الرهن . لكن كيف يثبت الدائن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن ، وهو قد انتهى اجله ؟ ولنا عودة في الموضوع (راجع ص 130) .

3 - اما كون ان الرهن غير قابل للتجزئة : هذه الخصيصة قد تقررت لصالح الدائن المرتهن ،فهي تدعم ائتمان الدائن لانه كلما كان الوفاء جزئيا كان ضمانه اقوى لاستفاء الباقي من الدين . وهي ايضا وسيلة دافعة وضاغطة على المدين ،وفي نفس الوقت مشجعة بأن يحرص على استعادة الشيء الذى اصبح بعد الوفاء الجزئي يمثل قيمة اكثر من قيمة الدين المتبقي عليه ،باتمام تنفيذ التزامه حتى النهاية . فلو سمحنا مثلا للمدين ان يستعيد جزء من الشيء المرهون ، كلما قام بوفاء جزئي من الدين ، لتقاعس في النهاية على الجزء الباقي من التزامه ،

---

(1) المادة 952 مدني تنص على ما يلي : " اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن ، الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون اخلال بحقوق الغير " يلاحظ ان صياغة هذه المادة تبدو على انها متناقضة مع نص المادة 948 مدني التي تجعل من واقعة التسليم عبارة عن التزام ناشيء عن العقد ومع نص المادة 961 مدني التي تجعل من واقعة الحيازة بين يدى الدائن او العدل عبارة عن وسيلة لنفاذ الرهن في حق الغير . ومن هنا نتساءل كيف نعترف بوجود الرهن وتنفيذه تجاه الراهن بمجرد تبادل الايجاب والقبول المتطابقين بمقتضى المادة 948 مدني التي جعلت العقد رضائي ، وان تحكم في نفس الوقت بانقضاء الرهن بمجرد رجوع المرهون الى الراهن . اذن ان المادة 952 مدني تتلاءم مع التشريعات التي تجعل من عقد الرهن عقدا عينيا (يتم بالتسليم وينتهي بالرجوع) اما عندنا فلا تتلاءم هذه المادة مع رضائية عقد الرهن . وعليه كان ينبغي ان تعدل المادة على النحو الاتي " اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن في حق الغير الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون اخلال بحقوق الغير " اما فيما يتعلق بالعلاقة التي تربط ــ

./.

الامر الذى يدفع الدائن بأن ينفذ على الجزء الباقي من الشيء المرهون، مما يؤدى بالنتيجة الى كثرة التنفيذات بالمزاد العلني دون مبرر. وحتى يقلل من الالتجاء الى هذه البيوع،تقررت في نظرنا هذه القاعدة التي تقوى التزام الدائن في حالة الوفاء الجزئي وفي نفس الوقت تكون حافزا في نفوس المدينين بأن يتمموا اعمالهم وينفذوا التزاماتهم تنفيذا كاملا .

ومضمون قاعدة عدم قابلية الرهن للتجزئة تعني بأن كل جزء من المنقول المرهون يضمن كل الدين وان كل جزء من الدين يكون مضمونا بالمنقول كله . فمثلا لو رهن شخص تلفزة والة للخياطة ضمانا للوفاء بدين يقدر مبلغه بـ 5000 دينار ثم استطاع هذا الشخص ان يسدد نصف المبلغ الذى عليه ،فلا يحق عليه ان يسترجع احدى الالتين بحجة ان الالة الباقية تكفي لضمان المبلغ الباقي من الدين ،ولما ان الرهن غير قابل للتجزئة،فالالتان تبقيان ضامنتان لنصف الباقي من الدين (1) ،غير ان عدم قابلية الرهن للتجزئة قد تستبعد بنص القانون او باتفاق الافراد على تجزئة الرهن ،وفي حالة عدم وجود الاتفاق يفترض على ان الافراد ارادوا عدم تجزئة الرهن (2) ،حتى يتفق على غير ذلك . وبما ان القاعدة قد تقررت لمصلحة الدائن كما ذكرنا فانه يجوز للدائن المرتهن بعد انعقاد الرهن ان يتنازل عن حقه في عدم تجزئة الرهن . وبالتالي تستبعد القاعدة .

الراهن بالدائن المرتهن ،فان الاثبات يخضع للقواعد العامة ،بمعنى وان كان العقد رضائي يجب اتباع اجراءات مقررة في القواعد العامة (مواد 333 مدني وما بعدها) لاثباته لكن متى نجح الدائن في دعواه بأن اثبت وجود الرهن اماله على مال معين للمدين فلا يصح القول بانقضاء هذا الرهن بمجرد توافر واقعة الرجوع (لان عقد الرهن عندنا ليس من العقود العينية وان واقعة الرجوع ليست سببا من اسباب انقضاء الالتزام بالتالي) انما ينقضي باقامة دليل معاكس من الراهن الذى تنهدم به وسيلة الاثبات الاول ،ذلك باثبات بأن الرهن قد انقضى باى سبب من الاسباب العامة او الخاصة التي تنقضي به الالتزامات،وعليه فانه ينبغي ان يقع عبء الاثبات بانقضاء الرهن (متى ثبت) على الراهن في العلاقة بين هذا الراهن والمرتهن ويقع عبء الاثبات على الدائن المرتهن في العلاقة التي تنشأ بين

وعلى ذلك فان الاصل يقضي بأن الرهن لا يجوز تجزئته الا اذا نص القانون او اتفق المتعاقدان على خلاف ذلك، ولما كان مبدأ عدم تجزئة الرهن يرمي الى تحقيق مصلحة خاصة بالدائن، (وهذا المبدأ وان كان من طبيعة الرهن فهو ليس من مستلزماته) فيمكن لمن تقرر لصالحه ان يتنازل عنه بعد انشاء الرهن (1).

هذا ويلاحظ، ان المشرع، لم ينص على هذا المبدأ في الرهن الحيازى، ولم يحيلنا الى النصوص المتعلقة بالرهن الرسمي، بالرغم من ان نص المادة 950 مدني قد اقتبسه المشرع حرفيا من التشريع المدني المصرى، (المادة 1098 مدني) وهذه المادة تحيل الى احكام الرهن الرسمي والتي تقضي بأن حق الدائن لا يتجزأ (م 1042 مدني).

وفي اعتقادنا ان حذف نص الاحالة الى هذا المبدأ، قد وقع من المشرع سهوا، ولذلك نقترح استدراكه. باضافة (رقم المادة 892 مدني) في نص المادة 950 مدني، التي تقضي بالاحالة الى بعض احكام الرهن الرسمي. ويكون، النص بعد الاخذ بالاقتراح، كما يلي " المادة 950: تسرى على الرهن الحيازى احكام المواد 891 و 892 و 893 و 904 المتعلقة بالرهن الرسمي.

— هذا الاخير والغير. ومتى اخذنا بهذا التميز تكون قد رفعنا التناقض المشار اليه وحققنا ما ترمي اليه المادة 948 مدني التي خلصت الرهن من العينية وحققنا في نفس الوقت الحماية للغير التي ترمي اليها المادة 961 مدني.

(1) راجع بهذا المعنى : الدكتور احمد سلامة : دروس في المدخل لدراسة القانونية 1965، مصر، ج 1 صفحة 257.
وراجع السنهوري - المرجع السابق - ص 777.

(2) DALLOZ.Repertoire pratique.T.VIII, nautissement, 1920 p.275, n° 22.

(3) راجع بهذا المعنى السنهوري - المرجع السابق - ص 777 فقرة 524.
وراجع شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 77 - ف 32.

./.

المبحث الثاني : مميزات رهن المنقول .

بعد ان اشرنا الى ان رهن المنقول يخضع لنفس المبادىء التي تخضع لها كل الرهون . نريد ان نبين بعض الخصائص التي يتميز بها عن الرهن الحيازى الوارد على العقار وهذه الخصائص نوجزها فيما يلي :

1 - فبينما يشترط في الرهن الحيازى الوارد على العقار تقييد عقد الرهن ، فان رهن المنقول يكتفي فيه بنقل الحيازة .

2 - في الرهن الحيازى الوارد على العقار تطبق احكام موحدة اما رهن المنقول فان الاحكام الواجبة التطبيق عليه تكون مختلفة باختلاف طبيعة المال المرهون فيما اذا كان مالا ماديا ام معنويا ، وهل المال المعنوى يتمثل في دين عادى او متمثل في سند اسمي او اذني او لحامله . وكذلك تختلف الاحكام المطبقة باختلاف طبيعة الرهن ذاته فيما اذا كان مدنيا ام تجاريا ، وسنرى ذلك في مواضعها(1).

3 - ان للحيازة في رهن المنقول دورا اكثر اهمية من رهن العقاربالنسبة للغير .

4 - يكون الحق الوارد على العقار حقا عينيا عقاريا اما الحق الذى يتقرر على رهن المنقول لا يكون الا حقا منقولا (م 684 مدني) .

5 - العقار يرهن عادة رهنا رسميا اما المنقول لا يرهن (كقاعدة عامة) الا رهنا حيازيا .

وبهذا ننتهي من الباب التمهيدى لهذا البحث فننتقل مباشرة الى كيفية نشوء الرهن الحيازى الوارد على المنقول ذلك باختلاف طبيعته واشكاله .

---

(1) راجع في هذا البحث : صفحة 178 وما بعدها وصفحة 194 وما بعدها .

./.

الباب الاول

اركان عقد الرهن

لا يمكن تصور نشوء رهن حيازى الا بتوافر اركانه، وقد خص المشرع هذه الاركان بالنص عليها في المواد 948 و 949 مدني، حيث ان المادة 948 مدني تنص على ان الرهن الحيازى، عقد، وقضت المادة 949 مدني على مضمون هذا العقد بأنه لا يجوز ان يكون محلا للرهن الحيازى الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من عقار او منقول .

وعلى ضوء هذين النصين يستفاد من ان عقد الرهن عندنا هو عقد رضائي من حيث النشوء، فلا يخضع لاى اجراء شكلي عكس ما هو عليه الوضع في التشريع الفرنسي (1) .

وان محله يتحدد نطاقه في الاموال القابلة للبيع بالمزاد العلني ، وسنوالي شرح ذلك في ثلاث فصول اساسية هي :

- اولها يتعلق : باطراف عقد الرهن .
- وثانيها يتعلق : بالمال المرهون .
- وثالثها : يتناول الالتزام المضمون .

---

(1) سبقت الاشارة الى هذا التشريع في صفحة 7 حاشية رقم 1 .

./.

الفصل الاول

اطراف عقد الرهن

تنص المادة 948 مدني على ما يلي " الرهن الحيازى عقد يلتزم به شخص ضمانا لدين عليه او على غيره . . . . . ".

اذن فالرهن يقدمه احد الشخصين المدين نفسه او كفيل عيني ، والمهم هو ان يكون الراهن مالكا للمال المقدم رهنا ، وان يكون اهلا للتصرف فيه ، هذان الشرطان لم ينص عليهما المشرع عند ما عالج الرهن الحيازى ، وبعكس الرهن الرسمي فقد نص في المادة 884 مدني على ما يلي : " يجوز ان يكون الراهن هو المدين نفسه او شخصا اخر يقدم رهنا لمصلحة المدين .

وفي كلتا الحالتين يجب ان يكون الراهن مالكا للعقار المرهون واهلا للتصرف فيه . "

فهل معنى ذلك ان الراهن في رهن المنقول لا يتقيد بشرطي الملكية والاهلية ؟ كلا ، لان القول بهذا يؤدى الى عدم انسجام الرهن بالاهداف التي يرمي اليها (وهي تحصين الدائن من تصرفات المدين او الظروف التي تحل به ، بتمكين هذا الدائن من ان يبيع الشيء المرهون عند عجز المدين بالوفاء بدينه) . اذن هناك نقص في تشريعنا ينبغي استدراكه بنص صريح يحيل الرهن الحيازى الى احكام المادة 884 مدني المتعلقة بالرهن الرسمي على غرار ما فعله المشرع المدني المصرى .

هذا واذا كان المشرع لم ينص على شرط امتلاك الراهن للشيء المرهون ، وعلى شرط توافر الاهلية اللازمة ، فان التشريعات الحديثة

راجع المادة 1098 مدني مصرى التي تضمنت احالة صريحة الى الحكم الوارد في باب الرهن الرسمي بشأن رهن ملك الغير .

./.

والفقه قد اتفقت على وجوب توافر هذين الشرطين . لذلك فلا نرى مانعا من تطبيق نص المادة 884 مدني المتعلقة بالرهن الرسمي عن طريق القياس. وسنوالي شرح هذين الشرطين على التوالي . فنتناول شرط الاهلية في المطلب الاتي ونرجيء الشرط الثاني الى المطلب الذى يلي بعده، عند الكلام عن المال المرهون .

المبحث الاول : الاهلية .

بادىء ذى بدء ينبغي ان نفرق بين اهلية الادارة واهلية التصرف بما فيها اهلية التبرع، حتى يرفع الالتباس بين هذه المصطلحات من البداية .

يرى الفقه على ان كل تصرف في اصل الشيء هو من اعمال التصرف، وكل تصرف في ثمار الشيء هو من اعمال الادارة . وعليه يكون البيع مثلا تصرفا اذا ورد على اصل الشيء ويكون ادارة اذا ورد على ثمار الشيء (1)، والتصرف في حد ذاته له معنيين : اما ان يعني به تصرفات دائرة بين النفع والضرر، واما ان يعني به التصرفات الضارة ضررا محضا، اى يقصد به التبرع . وتظهر اهمية التفرقة بين هذه الاحوال في المثال الاتي :

ان اعمال القاصر المميز(2) والمأذون له بادارة امواله او من كان في حكمه (2) تندرج صحتها كما يلي : فممارسته للاعمال الادارية المحضة تكون صحيحة، وممارسته للاعمال التصرفية (اىالاعمال الدائرة بين النفع والضرر) تكون قابلة للابطال بالنسبة له، ويمكن تجنب هذا العيب بانابة عنه ولي شرعي كالاب (والجد عند البعض) او الوصي او القيم (3) في مباشرة هذه التصرفات متى اذنتهم المحكمة عن ذلك .

---

(1) راجع : الاستاذ سمير عبد السيد تناغو - المرجع السابق - ص 183 - ف 74 .

(2) تنص المادة 42 مدني على ما يلي " لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر في السن، او عته او جنون . يعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشرة سنة" .

(3) يسمى عندنا بالمقدم طبقا لما ورد في قانون الاسرة الصادر بتاريخ 84/6/12 .

./.

اما ممارسة الاعمال التبرعية (اى التصرفات الضارة ضررا محضا) . تكون باطلة بطلانا مطلقا ، ولا يجوز ان ينوب عنه بالتالي الولي او الوصي او القيم في ممارسة هذه التصرفات حتى لو حدث ان اذنتهم المحكمة في ممارستها .

وبعد رفع هذا الالتباس بين هذه المفاهيم نتناول مباشرة شرط الاهلية .

المطلب الاول : اهلية الراهن .

قلنا بأن الراهن كما يمكن ان يكون المدين نفسه او شخص ثالث يقوم مقامه ويسمى بالكفيل العيني . ولذلك فاننا نتناول اهلية كلا من الشخصين على التوالي :

1 - اهلية المدين :

نظرا لكون عقد الرهن من العقود التي تدور بين النفع والضرر (1) بالنسبة للمدين ، فيجب ان يكون لديه اهلية التصرف ، وعلى ذلك فالعقد الذى يبرمه الصبي غير المميز ومن في حكمه كالمجنون والمعتوه (2) يكون باطلا بطلانا مطلقا . اما العقد الذى يبرمه الصبي المميز او من كان محجورا عليه لسفه او غفلة ، يكون قابلا للابطال (3) ولا يكون هذا العقد

---

(1) راجع شمس الدين الوكيل - ص 83 - ف 38 ، راجع سمير تناغو - المرجع السابق ص 62 - ص 20 ، وراجع السنهورى - المرجع السابق - ص 337 فقرة 150 .

(2) تنص المادة 42 مدني على ما يلي " لا يكون اهلا لمباشرة حقوقه المدنية من كان فاقد التمييز لصغر سنه ، او عته او جنون ، ويعتبر غير مميز من لم يبلغ السادسة عشر سنة ، سبق الاشارة اليها .

(3) تنص المادة 43 مدني على ما يلي " كل من بلغ سن التمييز ولم يبلغ سن الرشد وكل من بلغ سن الرشد وكان سفيها او معتوها يكون ناقص الاهلية وفقا لما يقرره القانون (قارن بين المادتين 42 مدني و 43 حيث ان الاولى تنفي الاهلية عن عديم التمييز اما الثانية فانها تقر له بالاهلية الناقصة " .

./.

صحيحا حتى لو اذن له في تسلم امواله وادارتها ، لان هذا الاذن لا يعطيه الا اهلية الادارة اما اهلية التصرف تبقى غير كاملة باعتبار هؤلاء في نظر القانون ناقصي الاهلية (1) .

ويجدر بنا ان نلاحظ من ان بعض الفقهاء يرون ان الماذون له بالادارة يجوز له ان يمارس بعض اعمال التصرف الملحقة بالادارة ذلك كشراء الاسمدة والبذور وبيع المحصول او رهنه ونحن نؤيد هذا الراى لانه يوافق غرض التشريع وهو ما نصت عليه المادة 2/573 مدني حيث تقضي بما يلي "... ويعتبر من العقود الادارية الايجار لمدة لا تزيد عن ثلاث سنوات واعمال الحفظ والصيانة واستيفاء الحقوق ووفاء الديون وجميع اعمال التصرف كبيع المحصول ، وبيع البضاعة او المنقولات التي يسرع اليها التلف وشراء ما يلزم الشيء محل الوكالة من ادوات لحفظه ولاستغلاله .

بالاضافة الى ذلك ان من تقرر له حق التصرف بالبيع يكون بداهة له الحق في الرهن، وان كانت هذه المادة لا تتكلم عن الرهن، فانها نصت على تصرف اخطر منه وهو البيع . وانما لا يصح الرهن الا فيما صح بيعه (وهو الشيء الذى يكون قابلا للتلف خلال مدة زمنية محدودة (كالمحصول والبضائع وغيرها) .

وينبغي ان نشير في هذا الصدد الى ان القاصر غير المميز ومن في حكمه (كالمجنون والمعتوه) والقاصر المميز ومن في حكمه (كالمحجور عليه لسفه او لغفلة) يجوز ان ينوب عنهما ، الوكيل او الولي او الوصي او القيم في ابرام عقد الرهن باعتباره تصرفا يدور بين النفع والضرر ، غير انه ينبغي ان نميز هنا بين ما اذا كانت النيابة وكالة فلا بد من ان تكون وكالة خاصة طبقا لما تنص عليه المادة 574 مدني (2) .

---

(1) السنهورى - المرجع السابق - ص 337 فقرة 150 حاشية رقم 2 .

(2) تنص المادة 1/574 مدني على ما يلي " لا بد من وكالة في كل عمل ليس من اعمال الادارة لا سيما في البيع والرهن والتبرع والصلح والاقرار والتحكيم وتوجيه اليمين والمرافعة امام القضاء" اذن ان اعمال البيع والرهن لا تعتبر من اعمال الادارة ، الا اذا كان الامر متعلق ببيع او رهن المحصول او شيء اخر قابل للتلف .

./.

وبين ما اذا كانت النيابة من ولي او قيم او وصي حيث تطبق عليهما احكام المادة 44 مدني (1) التي تخضع نيابة هؤلاء الى احكام خاصة بها . وبما ان اهلية القصر والمحجور عليهم وغيرهم من عديمي الاهلية قد احالنا المشرع الى قانون الاحوال الشخصية بمقتضى المادة 79 مدني فلا يسعنا الا الرجوع الى قانون الاسرة الصادر بالتاريخ 12 يونيو 1984 .

2 - اهلية الكفيل العيني :

تختلف الاهلية المطلوبة في الكفيل العيني باختلاف نوع التصرف الذى قام به فاذا كان بالمقابل فلا تطلب منه الا التمتع باهلية التصرف اما اذا كانت كفالته تبرعية فيجب ان تكون لديه اهلية التبرع لان هذا التصرف الاخير من التصرفات الضارة ضررا محضا ، وبما انه يجوز للكفيل ان ينوب عنه شخصا اخر لابرام الكفالة ، بوكالة خاصة ، فيجب ان يعين محل الرهن تعيينا نافيا للجهالة طبقا لما تنص عليه المادة 2/574 (2) اما الولي والوصي والقيم فلا يجوز لهم ان يقوموا بتصرفات تبرعية على حساب القاصر او من كان في حكمه وبالتالي فان كفالتهما تكون باطلة بطلانا مطلقا . ذلك طبقا للقواعد العامة التي تقضي بعدم جواز للمحكمة بأن تأذن للولي والوصي والقيم ، بان يتصرفوا تصرفا ضارا ضررا محضا على حساب القاصر او من كان في حكمه (3) .

---

(1) تنص المادة 44 مدني على ما يلي " يخضع فاقد الاهلية وناقصوها بحسب الاحوال لاحكام الولاية او الوصاية او القوامة ضمن الشروط ووفقا للقواعد المقررة في القانون "

(2) تنص المادة 2/574 بما يلي " الوكالة الخاصة في نوع من انواع الاعمال القانونية تصح ولو لم يعين محل هذا العمل على وجه التخصيص ، الا اذا كان العمل من التبرعات .

(3) وبهذا المعنى ينص قانون الاسرة الصادر بتاريخ 12 يونيو 1984 في المادة 88 منه " على الولي ان يتصرف في اموال القاصر تصرف الرجل الحريص ، ويكون مسؤولا طبقا لمقتضيات القانون العام ، وعليه ان يستاذن القاضي في التصرفات التالية : " 2 - بيع المنقولات ذات الاهمية الخاصة . . . " فيستفاد من هذا النص _

./.

المطلب الثاني : اهلية الدائن المرتهن .

اختلف الفقهاء في مدى الاهلية التي ينبغي توافرها لدى الدائن المرتهن ، اذ بينما يشترط البعض ان تتوفر فيه اهلية الاغتناء (1) فحسب يرى البعض الاخر على انه يجب ان تتوفر فيه اهلية التصرف ، ذلك في نظر هذا الراى الاخير ان الارتهان هو بمثابة استيفاء للدين ، والدين لا يستوفى الا ممن كان يملك هذا القدر من الاهلية (2) .

اما التشريع الجزائرى فقد جعل من عقد رهن المنقول عقدا رضائيا لكنه ملزما للجانبين وبالتالي فهو من قبيل اعمال التصرف ، فكما يتعين على المدين توافر لديه اهلية التصرف بأن يتحمل الالتزامات الناشئة من عقد الرهن ، والنتائج التي قد تترتب عنه (وهو بيع الشيء عند عدم الوفاء) ينبغي ان يتوافر في الدائن المرتهن نفس القدر من

— انه طالما ان الولي يشترط في تصرفاته الحصول على اذن القاضي في التصرفات الدائرة بين النفع والضرر (كالبيع مثلا) وانه طالما ان سلطة القاضي في اعطاء هذا الاذن مقيدة بنص المادة 89 من القانون والتي توجب عليه ان يراعي في اعطاء الاذن حالة الضرورة ومصلحة القاصر .
فمن باب اولى نستنتج من انه لا يجوز للولي وان اذن من طرف القاضي ان يتصرف في اموال القاصر تصرفا ضارا ضررا محضا كالقيام باعمال التبرع مثلا ، والكفالة هي عمل تبرعي اصلا .
وينطبق نفس الحكم على الوصي والقيم ذلك بحكم الاحالة التي وردت في نص المادة 5 و من قانون الاسرة الى المادة 88 المذكورة اعلاه والمتعلقة بسلطات الولي على اموال القاصر او من كان في حكمه .

(1) MAEAUD.P.279. n° 270
سرميني وترمانيني - ص 99 بند 85 - سوار : الحقوق العينية - ج 1 ص 50 بند 45 -

(2) شاكر حيدر : ص 108 بند 90 اشار اليه محمد وحيد سوار - المرجع السابق ص 50 - بند 45 حاشية رقم 1 - السنهوري - ج 10 - ص 341 - منصور مصطفى منصور - بند 8 المرجع السابق - تناغو - ص 183 .

./.

الاهلية لكي يتحمل بدوره الالتزامات الناشئة عن نفس العقد ، وسوف نرى ان المدين يلتزم بتسليم الشيء المرهون ويضمن سلامته ونفاذه وهلاكه من جهة .

وان الدائن يلتزم بدوره بالحفاظ والصيانة للشيء المرهون كما يلزم بالادارة والاستثمار عند الاقتضاء والرد عند الاستيفاء من جهة اخرى .

<u>المبحث الثاني</u> : اجازة عقد الرهن .

سبق وان ذكرنا بان عقد الرهن الحيازى يعتبر من العقود الدائرة بين النفع والضرر ، بالنسبة للمدين الراهن والدائن المرتهن ، وعلى ذلك فلا يقتضي توافر فيما سوى اهلية التصرف .

وفي حالة ما اذا كان احدهما (المدين او الدائن) او كلاهما قاصرا فيكون عقدهما صحيحا ، لكن يكون قابلا للابطال ، ويبقى كذلك مهددا بهذا الابطال حتى ترد عليه الاجازة .

ويكون الحق في الاجازة عندنا للاشخاص التالية :

1 - القاصر عند البلوغ ولوكيل عنه بوكالة خاصة طبقا للمادة 100 مدني (1) .

2 - للاب ، والجد ، والوصي (2) دون اذن المحكمة على خلاف بعض التشريعات

---

(1) تنص المادة 100 مدني بما يلي " يزول حق ابطال العقد بالاجازة الصريحة او الضمنية وتستند الاجازة الى التاريخ الذى تم فيه العقد دون اخلال بحقوق الغير .

(2) نص المادة 92 من [illegible] قانون الاسرة [illegible]

وفيما يتعلق باجازة الجد فان نص 8 المذكور لم يشير اليه لكن يستفاد من النصوص الاخرى التي وضعت الجد مكان الاب في الولاية مثل ما نصت عليه المادة 92 من القانون : التي تقضي بما يلي " يجوز للاب او الجد تعيين وصي لولده القاصر .

وبما ان الوصي الذي ثبت له حق الاجازة بنص المادة 83 من ق الاسرة قد يقع تعيينه من طرف الجد ، طبقا لنص المادة 92 المذكورة ، كالاب تماما ، مما يفيد ان للجد سلطة الاجازة من باب اولى (فهو اقوى من الوصي) .

./.

الاخـرى التي تستلـزم في اجــازة الجـد والوصـي والقـيم اذن المحكمــة (1) او تستلـزم في الاجـازة اتمـام شـروط شكليـة (2) .

هـذا ولقـد ثـار خـلاف بيـن الفقهـاء (3) حول تفسيـر العبـارة الوارد ة فـي المـادة 100 مدني التي تقضي بـأن الاثـر الرجعــي للاجـازة ينبغـي الا يمس بحقـوق الغيـر .

فـذهـب البعـض الى تفسيـر هـذه العبـارة تفسيرا واسعـا حيث يـرون بان كل اجـازة صـدرت من القاصـر عند البلوغ بعـد تعلـق حـق الغيـر بالشـيء الـذى كان محـلا للتصـرف المجـاز، تكـون غيـر صحيحـة .

وليتضـح لنـا ذلـك نـورد قول عبد المجيـد الحكيم (3) الذى يتلخـص فيما يلي " والاجـازة تصحـح العـقـد باثـر رجعـي ،فيعتبـر العقـد صحيحـا من وقت ابرامـه لا من وقت الاجـازة . ولكـن هـذا الاثـر الرجعـي للاجازة لا يكـون الا فيما بيـن المتعاقديـن ولا يـوءثـر علـى الحقوق التي اكتسبهـا الغيـر علـى الشيء محـل العقـد .

ويقـول " فلـو بـاع قاصـر مثـلا عينـا وبعـد بلـوغه سـن الرشـد لـم يتمسك بالبطلان ولكنه رهـن العيـن،ثـم اجـاز البيع الـذى صـدر منـه وهـو قاصـر،فـان اجازتـه للبيـع لا تـوءثـر علـى حـق الدائـن المرتهـن وتنتقـل العيـن الـى المشتـرى مثقلـة بحق الرهـن ، ولا يكـون للاجازة اثر رجعي بالنسبة للدائن المرتهن ، والا وقـع

---

(1) القانون المصرى والسورى ،السنهورى -ج 10 - ص 336 -محمد وحيد سـوار ص 44 . المرجع السابق .

(2) ان نص المادة 1338 مدني فرنسي يستلزم في الاجازة توافر شروط شكلية معينـة وهي : بيان جوهر الالتزام وسبب قابليته للابطال والتصريح بالرغبة في اصلاح العيب " L'acte de confirmation ou ratification d'une obligation contre la loi admet l'action en nullité ou en rescision, s'est valable que lorsqu'on y trouve la substance de cette obligation, la mention du motif, de l'action en rescion et l'intention de reparer le vice sur lequel cette action est fondée..."

(3) اشار اليهم الاستاذ عبد المجيد الحكيم - الوسيط في نظرية العقد ،ج 1 طبعة بغداد سنة 1967 فقرة 710 ص 492 .

./.

الرهن باطلا . واذا كان العقد الذى صدر من القاصر هو الرهن،والعقد الذى صدر منه بعد بلوغ سن الرشد هو البيع،فان المبيع ينتقل الى المشترى خاليا من الرهن ويبطل الرهن الذى كان القاصر قد عقده قبل بلوغه .

واذا كان كل من العقد الذى ابرم اثناء القصر والعقد الذى ابرم بعد البلوغ بيعا،او رهنا ،فان المشترى او المرتهن الثاني هو الذى يفضل على المشترى الاول او المرتهن الاول (1)" .

ونحن في نظرنا ان هذا الراى لا يتفق مع الواقع ذلك ان في المثال الاول يكون القاصر الذى ابرم عقد الرهن عند البلوغ،على شيء قد سبق ان باعه اثناء قصره بمثابة تصرف في ملك الغير(2) .

ونحن نعلم ان رهن ملك الغير وان كان صحيحا بين اطرافه لكن لا ينفذ في حق المالك الحقيقي الا باقراره ، وكيف يقال " ان العين تنتقل الى المشترى مثقلة بحق الرهن) .

وكذلك ان تفضيل المرتهن الثاني على المرتهن الاول في رهن المنقول لا يقوم على اساس الا ولوية في انشاء العقد بل يقوم على اولوية في الحيازة

---

(1) يقول الاستاذ عبد المجيد الحكيم نقلا عن بلانيول ج 2 - ف 1301 هامش رقم 7 الذى نقل بدوره عن بلانيول وريبير وبولا نجية ،ج 2 ف 872 ،بان الفقهاء يعللون هذا الوضع على ان القاصر الذى يتصرف بعد بلوغه بالشيء الذى كان قد تصرف به اثناء قصره ، يتعهد تعهدا ضمنيا بالعمل على ابطال العقد الاول ، لان العقد الثاني لا يمكن ان يكون نافذا الا اذا زال العقد الاول من الوجود ، المرجع السابق - ص 492 .

(2) بلانيول ج 2 ف 872- اشار اليه عبد المجيد الحكيم - ص 492 - حيث يقول : البيع الصادر من القاصر صحيح حتى يتقرر بطلانه ولذلك يكون الرهن الصادر منه بعد بلوغه صادر من غير مالك ، فهذا باطل وقد اجيز البيع فاصبح صحيحا بوجه نهائي وتنتقل العين الى المشترى خالية منه .

./.

اذن العبرة بتوافر الحيازة وبالتالي فان كان الدائن المرتهن الاول قد حاز الشيء المرهون من القاصر ثم بعد البلوغ انشأ هذا الشخص الذى كان قاصر رهنا ثانيا على الشيء المرهون، ثم اجاز الرهن الاول، فالاولوية تكون للدائن المرتهن الاول (عكس النظرية) ولو ان الاجازة قد صدرت بعد انشاء الرهن الثاني .

- اما الراى الثاني فيرى بان الاجازة تسرى باثر رجعي الى تاريخ انشاء العقد بشرط الا تكون الملكية قد انتقلت من ذمة القاصر الى ذمة الغير .

وطبقا لهذا الراى فان العبارة الواردة في نص المادة 100 مدني، ينبغي ان تفسر تفسيرا ضيقا، وعلى ذلك ان عبارة (حق الغير) لا يقصد بها سوى من اكتسب على الشيء حق الملكية .

اما من اكتسب حقا عينيا اخر (غير حق الملكية) فلا يتعطل اثر الاجازة .

والنتيجة طبقا لهذا الراى : ان القاصر الذى يرهن منقولا اثناء قصره (قبل البلوغ) وعند البلوغ يبيع الشيء ثم يجيز، بعد البيع الرهن فتكون هذه الاجازة عديمة الاثر لانها صدرت من غير مالك .

اما اذا رهن القاصر (قبل البلوغ) منقولا، ثم اجرى عليه عملية الرهن ثانية بعد البلوغ، قبل اجازة الرهن الاول، ثم اجاز الرهن الاول (بعد الرهن الثاني) فان الافضلية تكون لصاحب الرهن الاول، لان الاجازة تصحح العقد باثر رجعي فيعتبر العقد صحيحا من وقت ابرامه لا من وقت الاجازة فحسب (1) .

ونحن نؤيد هذا الراى لموافقته مع غرض التشريع (المادة 100م)

---

(1) السنهوري - ج 10 - ص 338 فقرة 150 .

./.

هذا ونشير انه كما يزول التهديد بالابطال ، بالاجازة ، كما راينا يمكن ان يزول ايضا بسقوط الحق في الابطال ، بالتقادم المسقط الذى نصت عليه المادة 101 مدني (1) .

المبحث الثالث : المنع من التصرف .

قد يكون المنع من التصرف ناتجا من نقص الاهلية الناشئة عن نقص في التمييز ، وقد يكون ناتجا لعدم قابلية المال للتصرف ، وفي هذه الحالة يكون الشخص بالغا سن الرشد ومتمتعا بقواه العقلية ، ومع ذلك يمنع من التصرف في مال معين له (2) . ومصدر المنع قد يكون اراديا كالعقد والوصية ، او غير ارادى مثل حرمان القانون المفلس او المعسر من التصرف في ماله .

المطلب الاول : كون المنع من التصرف مصدره القانون .

اما كون المنع من التصرف مصدره القانون ، ذلك ما نصت عليه المادة 244 تجارى التي يمنع التاجر بمقتضاها في حالة افلاسه من ان يدير او يتصرف في امواله وقد عددت نص المادة 247 تجارى الاعمال التي تهدف الى اضعاف الضمان العام لمجموعة الدائنين وجعلتها غير سارية في حقهم وذلك مثلا الاعمال الناقلة للملكية بغير عوض ، بعض انواع الوفاء او المقاصة او تقرير حقوق الرهن على بعض امواله وغير ذلك .

ولا يقتصر الامر على شخص التاجر فحسب بل [illegible] يشمل ايضا اشخاصا غير التجار مثل ما نصت عليه المواد 191 و 196 / 1 مدني التي جعلت تصرفات

---

(1) ويلاحظ ان نص المادة 101 مدني قد حدد مدة التقادم في 10 سنوات ولا نرى مبررا في ذلك وان طول هذه المدة قد تضر بالدائن المرتهن الذى يظل تصرفه معلقا ومهددا طول هذه المدة .
وفي نظرنا ان الحل الوسط الذى تبناه المشرع المصرى بنص المادة 140 مدني وهو ثلاث سنوات احسن من النظام الجزائرى والسورى الذى بالغ بدوره في تقصير هذه المدة وجعلها سنة واحدة (م 141 / 1 مدني) .

(2) عبد المجيد الحكيم ـ المرجع السابق ـ فقرة 267 ـ ص 211 .

./.

الاشخاص المعسرين غير سارية في تجاه جماعة الدائنين متى كانت هذه التصرفات قد ابرمت في فترة الاعسار. بالاضافة الى هذا قد يتدخل المشرع لمنع التصرف في مال معين، ولا يقصد بهذا المنع حماية اشخاص معينين، كما رأينا، (بأن المواد السابقة تحمي الدائنين او المواد الاخرى التي تحمي الاصيل، كان يمنع النائب، في الاصل، بأن يبيع ماله للاصيل في حدود مضمون المادة 77 مدني) . انما يقصد بهذا المنع حماية المال، نفسه، من التصرف فيه، كمنع التصرف في الاموال العامة والحجز عليها او تملكها بالتقادم .

المطلب الثاني : كون المنع من التصرف مصدره الاتفاق او الارادة المنفردة .

اما كون المنع من التصرف مصدره الاتفاق او الارادة المنفردة فلم نجد هناك نص في التشريع الجزائري . وعلى ما يبدو ان اغفال النص على هذا الموضوع والسكوت عليه، يفيد بأن المشرع يريد الاخذ بما انتهى اليه الفقه الاسلامي الذى لا يقر هذا الشرط (1) .

ويا حبذا لو اخذ تشريعنا بما اخذ به القانون المدني المصرى م 823 ، والسورى م 778 وبما انتهى اليه الفقه والقضاء الفرنسي (2) .

---

(1) محمد وحيد سوار : ابحاث اساسية في القانون المدني الجزائرى، محاضرة القيت لطلاب الماجيستير لسنة 1978/1979 - ص 12، وراجع ايضا عبد الرزاق السنهورى المرجع السابق- ص 339 . وراجع ايضا عبد المجيد الحكيم، حيث بين بأن المذاهب الاسلامية جلها قد اتفقت على ان كل الشروط جائزة الا ما خالف مقتضى العقد كان يبيعه بشرط ان لا يملك او ان لا يبيع ما ابتاعه وهكذا . . ." ص 416 فقرة 573 .

(2) محمد وحيد سوار : ابحاث اساسية في القانون المدني الجزائرى - المرجع السابق ص 12 .

./.

حيث يقضي القانون المصرى والسورى على ما يلي "اذا تضمن العقد او الوصية شرط يقضي بمنع التصرف في مال ،فلا يصح هذا الشرط ما لم يكن مبنيا على باعث مشروع ،او مقصورا على مدة معقولة .

2 - ويكون الباعث مشروعا ،متى كان المراد بالمنع من التصرف حماية مصلحة مشروعة للمتصرف او المتصرف له ،او الغير .

3 - والمدة المعقولة يجوز ان تستغرق مدى حياة المتصرف او المتصرف اليه او الغير (1) ".

اما الفقه والقضاء الفرنسي ،فقد اخذ بهذا الشرط بعد جدل حاد شار حول طبيعة هذا الشرط وما ينبغي ان يخضع له من شرائط .

وفي هذا المجال يقول الاستاذ شمس الدين الوكيل ما يلي :

" قد اختلف الفقه في تحديد الطبيعة القانونية لهذا الشرط ،فاتجه الراى الى ان المنع من التصرف ينتقص من اهلية المالك .

ويعيب هذا الراى على انه لا يتسق مع احكام الاهلية ذلك ان هذا الانتقاص اذا اصاب اهلية الوجوب،فمعنى هذا يتقرر البطلان المطلق لتصرف المالك في المال المخالف لشرط المنع ،وفي هذا مجاوزة للغاية في تقرير الشرط .

واذا اصاب هذا الانتقاص اهلية الاداء،فمنطق هذا الحكم يفضي الى امكان وجود نائب عن المالك الممنوع عنه التصرف يباشر عنه هذا الاخير ،وهذا يهدر الحكمة من قيام الشرط . ويقول الاستاذ،أن والراى الذى يبدو لنا صائبا هو

---

(1) د. شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - فقرة 58 - ص 38 حاشية رقم 1- وراجع السنهورى - فقرة 149 - ص 339 ،ج 10 ،وعلى هذا الراى اسماعيل غانم الحقوق العينية الاصلية - ص 59- فقرة 59- وحسن كيرة - الحقوق العينية الاصلية - ص 268 وما بعدها مشار اليهما من طرف شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 38 .

./.

الذى يقضي بان شرط المنع من التصرف يتضمن قيدا على سلطات المالك هذا القيد لا ينبغي ان يتجاوز الهدف من تقريره ، وهو حماية مصلحة مشروعة لهذا تقرر الشرط لصالحه ، وبقدر هذا الهدف بتحديد نطاق المنع من التصرف والجزاء المترتب على مخالفته (1) ."

ونحن نميل الى تأييد هذا الراى الاخير الذى يرى ان شرط المنع من التصرف يتضمن قيدا على سلطات المالك (وليس قيدا واردا على الاهلية بنوعيها " بدليل انه لو اجرى التصرف في المنقول بالرغم من وجود شرط عدم جواز التصرف فيه (بالبيع مثلا او الرهن) فلا يحتج بهذا الشرط ضد الحائز حسن النية .

هذا واذا كان اطراف عقد الرهن قد استوجبت توافر شروط امتلاك الراهن للشيء المرهون وتوافر الاهلية اللازمة في اطراف العقد سواء كان الطرف دائنا ام مدينا ام كفيلا . فان هناك شروط اخرى يجب توافرها في المال المرهون ، ذلك ما نبحثه في الفصل الثاني .

---

(1) المواد 823 مدني مصرى و 778 مدني سورى .

./.

الفصل الثاني

المال المرهون

تنص المادة 950 مدني بما يلي " لا يكون محلا للرهن الحيازى الا ما يمكن بيعه استقلالا بالمزاد العلني من منقول وعقار" (1) .

وعلى ضوء هذه المادة يستفاد من ان الرهن الحيازى قد يرد على عقار او منقول . ونحن لا ندرس في هذا البحث الا ما يتعلق بموضوعنا وهو المنقول .

ويلاحظ على هذا النص انه يتضمن شرطين وهما قابلية التعامل بالمنقول بالبيع في المزاد العلني، وان يجوز بيع المنقول بصفة مستقلة غير ان الفقه وبعض التشريعات يضيف شرطا ثالثا وهو ان يكون المنقول مملوكا للراهن .

وسنتناول شرح هذه الشروط فيما يلي :

---

(1) يلاحظ : ان المادة 2/951 تنص على ملحقات المال المرهون بقولها : " يسرى على الالتزام بتسليم الشيء المرهون احكام الالتزام بتسليم الشيء المبيع" غير ان هذه الاحالة لا محل لها في قانوننا (سهوا) وهي مقتبسة من المادة 1099 مدني مصرى التي تحيل على المادة 432 مدني مصرى المتعلقة بتسليم المبيع حيث تنص بما يلي : " ان التسليم يشمل ملحقات الشيء المبيع وكل ما اعد بصفة دائمة لاستعمال هذا الشيء وذلك طبقا لما تقضي به طبيعة الاشياء وعرف الجهة وقصد المتعاقدين " .
وفي نظرنا انه يمكن للمحاكم ان تستانس بما هو معمول به في التشريع المصرى فيما يتعلق بملحقات المال المرهون باعتباره مصدرا تاريخيا لقانوننا . وبذلك تعتبر من ملحقات المال المرهون في المنقولات، حسب طبيعة المال وعرف الجهة او قصد المتعاقدين، فاذا كان المال شاحنة مثلا شمل الرهن ما يلازمها من العجلة الاحتياطية وبعض معدات الاصلاح، واذا كان محل الرهن ميزانا مثلا الحقت به المكاييل المستعملة عادة وهكذا . . . .

./.

المبحث الاول : الشروط الواجب توافرها في المال المرهون .

المطلب الاول : قابلية التعامل في المنقول بالبيع .

اما كون قابلية التعامل في المنقول بالبيع ، يعني الا يكون المنقول خارجا من دائرة التعامل (بطبيعته او بحكم القانون م 682 مدني) وعلى ذلك فلا يجوز رهن الاموال العامة او الحقوق التقاعدية لانها لا يمكن التصرف فيها .

اما المنقولات التي يجوز التعامل فيها بالبيع فتكون صالحة محلا للرهن الحيازى ولا يهم بعد ذلك في نوعية المنقول او اختلاف طبيعته،فكما يجوز رهن المنقولات المادية،قيمية كانت ام مثلية ، كالمجوهرات وحيوانات الاستعمال او غير الاستعمال (1) او الهسة او حبوب او سيارات، يجوز رهن المنقولات المعنوية ، باختلاف انواعها كالديون وحق المؤلف (الجانب المالي منه) وبراءة الاختراع والسندات الاسمية والاذنية ، والنقود الاثرية ، وبما ان السندات لحاملها يندمج الحق في السند ذاته الذى يمثله ويتداول الحق فيها عن طريق التسليم فتأخذ حكم المنقول المادى .

هذا وقد اختلف في طبيعة الرهن الوارد على النقود . اذ يرى البعض من الفقهاء من ان هذا الرهن هو رهن ناقص ويسميه Gage irregulier قياسا على الوديعة التي تقع على النقود والتي تسمى بالوديعة الناقصة (2) ففي نظر اصحاب هذا الراى ان الرهن الوارد على النقود هو صورة من صور الكفالة .

وعلى خلاف هذا الراى هناك بعض الفقهاء يرون ان هذا النوع من الرهون هو رهن حيازى كامل ، وهو كثير الوقوع في الحياة العملية،فالمبالغ

---

(1) بهذا المعنى ، السنهورى - المرجع السابق - فقرة 516 ص 764- ج 10 .

(2) د. علي سليمان : ف 30- ص 556 ، السنهورى : ص 764- ج 10 ، كذلك راجع مقال جرائيل جايولد ، منشور في انسكلوبيدى دالوزج 2 لفظ Gage ص862 - فقرة 194 اشار اليه شمس الدين الوكيل - ص 467 حاشية رقم 1 .

./.

التي يدفعها المستاجر للموجر للوفاء بما يستحقه في ذمته من تعويض، تعتبر رهنا لدى الموجر . كذلك ان المصالح الحكومية قد تتلقى من الافراد تامينات معجلة لقاء تقديم لهم خدمات كالاشتراك في التيليفون او الهاتف واجرة المياه (1) .

ونحن نميل الى هذا الراى الاخير،ذلك لان النقود لا تخرج على كون هذا المال من انه مثلي ،والمال المثلي يجوز رهنه في كل الاحوال . وكما هو في الامر،ان هذا المال المثلي قابلا للاستهلاك وعندما يكون المال كذلك فالدائن المرتهن يكون مالكا له (2) لكن يلتزم برد ما يعادل له تطبيقا للقواعد العامة التي تحكم المدينين بالاشياء المثلية (3) .

---

(1) راجع شمس الدين الوكيل : المرجع السابق -فقرة 179 - ص 467 الذى يقول " وقد جرى الاصطلاح على سبيل الخطا والتجاوز باعتبار هذا الضمان صورة من صور الكفالة ،والصحيح اننا بصدد رهن حيازى كامل" كذلك راجع الاخوان : MAZEAUD المرجع السابق - ص 68 فقرة 60 حيث يقول :
Le gage qui porte sur une somme d'argent, est couramment nommé" cautionnement" alors qu'il s'agit d'un gage véritable"

(2) راجع: MAZEAUD المرجع السابق - ص 73 - رقم 65 .
DALLOZ, Repertoire Pratique 1920, T VIII nautissement P. 275, n° 9 et 46

(3) يلاحظ: ان الفقه الاسلامي لا يبيح رهن النقود ابتداء لانها لا تتعين بالتعيين ،ولكن يصح رهنها تبعا ،كما لو باع المرتهن الشيء المرهون باذن الراهن اوباذن القاضي ويكون في هذه الحالة الثمن رهنا لديه ،محمد وحيد سوار،الحقوق العينية،ج لا - ص 198 - حاشية رقم 1 نقلا عن الاستاذ شاكر حيدر ،فقرة 205 - ص 197 من شرح القانون المدني العراقي الجديد ،الحقوق العينية العقارية الجزء لا - بغداد - 1953 .

./.

هذا وقد سمي المشرع الجزائري بالكفالة، المبالغ التي يضعها الاشخاص لدى الخزينة ضمانا لكفالتهم احد المتعاقدين في عقد المقاولة (1) دون ان يميز بين الكفالة الشخصية والكفالة العينية .

المطلب الثاني : قابلية بيع المنقول بصفة مستقلة بالمزاد العلني .

يجب ان يكون المنقول قابلا بيعه بصفة مستقلة بالمزاد العلني ، وهذا الشرط اقتضته الحكمة من الرهن ذاته ، ذلك لان الهدف منه هو تحصين حقوق الدائن وضمان له الاستيفاء لحقه من المال المرهون ، مهما تغيرت الحالة المالية للمدين كالاعسار او الافلاس او السلوكية كالتقاعس او التهاون بالوفاء بالديون التي عليه .

ولكي يتجنب الدائن هذه المظاهر المحفوفة بالمخاطر، يجب ان يتحقق من ان المنقول، المقدم للرهن، قابل لبيعه في السوق او بالمزاد العلني عند الحاجة الى هذه الوسيلة . اذ لا يكفي ان يكون المنقول قابلا للتعامل فيه دون التصرف فيه ، ذلك ان هذه السلطة لا تعني الا سلطة الادارة .

ولما كانت قابلية بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني، هي شرط في المال المرهون فان انشاء الرهن ، على حق الارتفاق او التامينات

---

(1) تنص المادة 82 من قانون الصفقات العمومية الصادر بامر مؤرخ في 17 جوان 1967 على ما يلي " لا يقبل اى شخص طبيعي او معنوى كفيلا من طرف السلطة المتعاقدة اذا لم يدفع الى الخزينة كفالة تقدر بـ 000 200 د ج . ولا يجوز باى حال من الاحوال استرداد هذه الكفالة الا بقرار من وزير المالية والتخطيط - ويضمن الكفيل جميع التعهدات التي يلتزم بها بصفته كفيلا شخصيا متضامنا " مما يفيد من هذا النص من ان المبالغ المقدمة لضمان الالتزامات الناشئة عن عقد الكفالة التضامنية ما هي الا تامينا عينيا واردا على شيء معين بالنوع وهو النقود . ومع ذلك سماها المشرع بكفالة ولعله يقصد بهذه العبارة الكفالة العينية .

./.

(كالكفالة بنوعيها والرهن بانواعه وغيرها) الذى يسميه الفقه بانشاء الرهن على حق الرهن Gage sur Gage وكذلك المقارات بالتخصيص، لا يجوز لعدم جواز وعدم قابلية بيع هذه الاموال استقلالا بالمزاد العلني (1) .

---

(1) وبهذا المعنى الاستاذ السنهورى - المرجع السابق - ص 764 فقرة 516 ج 10 .

- كذلك الاساتذة مازو Les Mazeauds الذى يقول بان القضاء الفرنسي ذهب الى ان منع ورود الرهن الحيازى على المقارات بالتخصيص مستشهدا عن ذلك بحكم صادر من محكمة Gronoble بتاريخ 1903/03/03 والمنشور بسيرى 1905 - 02 - 230 .

- وحكم اخر صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 27 / 1944/06 والمنشور بالمجلة الاسبوعية القانونية 1945، لا ، رقم 2782 .

- راجع : - MAZEAUD, Page 73, N° 65.

- كذلك تكون الاموال غير قابلة للحجز وبالتالي غير قابلة للبيع بالمزاد العلني اذا اكتسبت الصفات الاتية :

1 - الاموال العامة والموسسة اللاحقة بها كنقابات الاطباء والمحامين والاوقاف .

2 - اموال بعض الجهات الاجنبية (الدولة ذات السيادة، منظمة الامم المتحدة وفروعها بسبب منافاة التنفيذ عليها لقواعد اللياقة او لتمتعها بالحصانة القضائية .

3 - الحقوق المتعلقة بشخص المدين : صور عائلية، حق السكن ، رسائل وغيره .

4 - الاموال ذات الصفة التابعة : كالحقوق العينية التبعية .

راجع في ذلك نصرة منلا حيدر، طرق التنفيذ الجبرى - دمشق 1967 - ص 306 /357 .

./.

المطلب الثالث : يجب ان يكون الشيء المرهون مملوكا للراهن (1) .

لما كانت عملية الرهن،هي بمثابة تصرف في الشيء المرهون ، فبالضرورة ينبغي ان يكون المتصرف مالكا للشيء المتصرف فيه ، وكذلك ان الرهن يتأثر بكل الحالات التي عليها ملكية الراهن ،فان كان هذا الاخير مالكا تحت شرط واقف،فلا يصبح المرهن باتا الا بتحقق هذا الشرط، وان كان مالكا تحت شرط فاسخ،فلا يصبح الرهن باتا ايضا الا بانتفاء هذا الشرط .

وعلى ذلك فان تحقق الشرط الفاسخ او عدم تحقق الشرط الواقف يؤديان الى زوال الملكية باثر رجعي عن المالك،وبالتالي يزول رهنه باثر رجعي كذلك .

ولما كانت الملكية شرط في صحة الرهن ،فيطرح السؤال عما اذا كان الرهن المقدم من غير مالك يكون صحيحا ام لا ؟ ذلك ما سنراه في الموضوع الاتي :

1 - رهن ملك الغير (2) .

سبق وان اشرنا من ان المشرع لم ينص على تصرف في ملك الغير في الرهون الحيازية (3) ولم يحيلنا الى تطبيق نص المادة 884 مدني التي تحكم الرهن الرسمي ، الا ان القواعد العامة تقضي بانه لا يجوز لشخص ان يتصرف في غير ملكه من دون مسوغ قانوني ، لان فاقد الشيء لا يعطيه .

---

(1) Douai 19 Avril 1956, Revue, T.D.Civ 1956.P.526 Ob.Solus. MAZEAUD. T.III.P.76, n° 65.

(2) حاشية MARTY et RAYNAUD. T.III.P.43; n° 2

انه يميز بين رهن ملك الغير الوارد على المنقول المادى الذى يكون فيه الدائن المرتهن مهددا بدعوى الاستحقاق التي يرفعها عليه المالك الحقيقي ، لكن بامكان الدائن المرتهن ان يتذرع بقاعدة الحيازة في المنقول متى توافرت شروطها ، وبين رهن ملك الغير الوارد على الديون حيث انه ليس بامكان الدائن المرتهن ان يتمسك بقاعدة الحيازة .

(3) صحيح ان المشرع الجزائرى لم ينص على عدم جواز رهن ملك الغير في الرهن الحيازى ولم يحيلنا الى نص المادة 884 مدني ، والمتعلقة بالرهن الرسمي لكن نص على عدم جوازه عرضا بنص المادة 970 مدني في الفقرة الثانية كما سنرى .

./.

هذا ويعرف رهن ملك الغير على انه رهن من شخص لا يملك المال المرهون وليست له ولاية التصرف فيه . مما يثير التساؤل عن مصير هذا التصرف في حالة وقوعه .

ولقد اختلف الفقهاء في تكييف طبيعة الاثر الذى يترتب على العقد الوارد على رهن ملك الغير .

فذهب البعض منهم الى القول،بأن العقد يكون قابلا للابطال،(1) وذهب البعض الاخر الى القول،بان العقد باطلا بطلانا مطلقا (2)،اما الفريق الثالث فيرى،بانه قابلا للتصحيح (بمعنى ان العقد يبقى موقوفا لا صحيحا ولا باطلا (3) .

اما موقف المشرع الجزائرى : فلم ينص على رهن ملك الغير على النحو الذى نص عليه في حالة بيع ملك الغير (م 397 و 398 مدني) وبالتالي لم ينص على جزاء تخلف هذا الشرط (شرط الملكية) غير انه قرر الحماية للمرتهن حسن النية بمنح له حق التمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون (طبقا لنص المادة 970/2 مدني) .

والحل في نظرنا،انه لا يمكن القول بابطال الرهن،لان الابطال يقتضي وجود نص قانوني يقضي بذلك . لكن يمكن اعمال قاعدة الفسخ (4) هنا تطبيقا لنص المادة (119 مدني) التي تقضي بان عدم تنفيذ الالتزام يؤدى الى فسخ العقد . وكذلك نص المادة 211 مدني التي تقضي بسقوط حق المدين في الاجل اذا لم يقدم للدائن ما وعد في العقد بتقديمه من تامينات .

---

(1) محمد وحيد سوار : المرجع السابق - بند 252 - ص 191 - السنهورى : فقرة 511 ص 777 - ج 10

(2) سليمان مرقس - بند 43 - ص 56 و 67 اشار اليه السنهورى - ج 10 - ص305 - فقرة 138 .

(3) سمير تناغو : ف 75 - ص 184 - 189 ، ايضا شفيق شحاته ، النظرية العامة للتامين - بند 92 و 93 .

(4) يلاحظ ان الدائن المرتهن قد يستفيد بقاعدة الحيازة في المنقول متى كان حسن النية .

./.

فياحبذا لو نص تشرعنا عن رهن ملك الغير على النحو الذى نص عليه المشرع التونسي حسما للنزاع في الموضوع (1) .

هذا وقد لا يصدر الرهن من غير مالك ولكن يصدر من المالك الظاهر فهل يعقل تطبيق نفس الحكم الذى اقترحناه ؟ ذلك ما نتناوله في الموضوع التالي :

2 - رهن المالك الظاهر (2) .

يبدو لاول وهلة ان رهن المالك الظاهر ما هو الا رهن صادر من غير مالك، مما يقتضي تطبيق عليه نفس الاحكام التي تطبق على رهن ملك الغير. والواقع : ان رهن المالك الظاهر يقوم على اساس حماية الاوضاع الظاهرة، ولذلك يختلف في الحكم عن رهن ملك الغير، بحيث ان العقد الذى يبرمه المالك الظاهر يكون صحيحا ومنتجا لاثاره تجاه المالك الحقيقي ذلك تقديرا من المشرع بان من تعامل مع الراهن الذى يبدو على انه مالكا يكون جديرا بالحماية طالما انه حسن النية .

ولذلك نص في المادة 198 مدني على ما يلي " اذا ابرم عقد صورى فلدائني المتعاقدين وللخلف الخاص متى كانوا حسن النية ان يتمسكوا بالعقد الصورى" .

---

(1) تنص المادة 211 مدني ، من مجلة الحقوق العينية التونسية على ما يلي : " اذا تسلم الدائن على وجه الرهن شيئا منقولا او جملة منقولات ممن لا يملك ذلك، فانه لا يكسب حق الرهن على تلك الاشياء ولو كان على حسن نية" .

(2) يلاحظ : من ان مفهوم المالك الظاهر يتلخص في ثلاثة انواع : اما ان يكون مالكا ظاهريا بسند صورى ذلك ما نصت عليه المادة 198 مدني . واما ان يتمثل في الوارث الظاهر او يتمثل في المالك الظاهر باسم مستعار . والفرق بين هذه الانواع الثلاث هو ان اساس ملكية المالك الظاهر هو العقد الصورى الذى قد تشكل في البيع او الهبة او غيرها . وان اساس ملكية الوارث الظاهر هو الميراث الغير المستحق .
اما المالك الظاهر باسم مستعار هو ذلك الشخص الذى يظهر امام الناس على انه ملك وهو في الحقيقة انه يخفي مالكا حقيقيا باتفاق مع هذا الاخير (السنهوري ج 10 ص 310 - فقرة 149).

./.

اذن فالقواعد التي يخضع اليها المالك الظاهر تختلف عن القواعد التي يخضع اليها من يقوم بتصرف في مال يعود للغير .

ولقد ثار جدل من الفقهاء حول تعميم قاعدة المالك الظاهر، وتطبيقها على الرهن الصادر من الوارث الظاهر والموصى له الظاهر .

فبينما يرى البعض من انه يجوز للدائن المرتهن الذى يتلقى الرهن من الوارث الظاهر ان يتمسك بهذا الرهن ما دام انه حسن النية،استنادا الى قاعدة قديمة تعرف بالغلط الشائع يولد الحق (1) Erop- Communis Facis-Jus

فيرى الجانب الثاني من انه ليس للدائن المرتهن الاحتجاج بالرهن الصادر من الوارث الظاهر تجاه الوارث الحقيقي لصدور هذا الرهن من غير مالك حقيقي (2) .

هذا ويشترط اصحاب الراى القائل بجواز الاحتجاج بالرهن ضد الوارث الحقيقي توافر الشروط الاتية :

1 - ان يكون الدائن المرتهن حسن النية، ويفترض ذلك حتى يثبت العكس.

2 - ان يقع هذا الدائن في غلط شائع بين الناس(3) وعليه عبء اثبات هذا النوع من الغلط .

---

(1) السنهورى - ج 10 - ص 810 فقرة 149 - شمس الدين الوكيل : ص 126و 136 فقرة 46، نقض فرنسي بتاريخ 26/01/1897، منشور في داللوز 1900/1/ 33، ونقض بتاريخ 14/10/1940، منشور في جزيت دى مالية 1940-2-150 ونقض ثالث بتاريخ 19/03/1946 منشور في الاسبوع القضائي 1946-2-3125 اشار اليهم السنهورى ج 10 - ص 310 حاشية رقم1 .

(2) سليمان مرقس، التامينات العينية، بند 46 ص 73 و ص 74، اشار اليه الاساتذة : السنهورى ج 10 - ص310 وشمس الدين الوكيل - ص127 1 حاشية رقم1 .

(3) الغلط الشائع : هي قاعدة عرفية استقرت في الفقه والقانون المدني الفرنسي منذ زمن بعيد، فاصبحت من اصوله العامة، لذلك يقال عنها ان الغلط الشائع يولد الحق، ويقال ان اصلها التاريخي يرجع الى العهد الروماني حيث ان عبيدا اخفى مظهره القانوني، وظهر بمظهر المواطن الحر يشغل وظيفة البريتور، ثم انكشف امره فأثير النزاع بشان ما اصدره من احكام وقرارات، فابقى عليها لاعتبارات تتعلق ./.

ونحن نرى انه لا مانع من ان ياخذ القضاء الجزائري بمسلك القضاء الفرنسي ،طالما ان فلسفة تشريعنا قد اتجهت الى تاييد الارادة الظاهرة في مواضيع شتى، وبالخصوص في النيابة الظاهرة (م76 مدني) والدائن الظاهر (م 268 مدني) .

3 - الرهن الصادر من المفلس او المعسر .

سبق لنا ان قلنا بان الرهن من اعمال التصرف،فان صدر من غير ذى تمييز يكون تصرفه باطلا بطلانا مطلقا،وان صدر من قاصر مميز يكون تصرفه صحيحا لكنه قابلا للابطال ، وبالتالي يستوجب الاجازة من هذا القاصر عند البلوغ او ممن ينوب عنه كالولي والوصي والقيم . ولهذا يثار السوءال عن مصير التصرفات التي تصدر من المفلس او المعسر في فترة الريبة ؟ ونحن لا نعود الى ما قلناه سابقا (1) لكن نضيف بأن الافلاس او الاعسار يغل سلطات المدين على امواله،ويجعل تصرفاته في فترة الريبة او بعد صدور الحكم بشهر الافلاس او بعد تسجيل دعوى الاعسار، غير نافذة في مواجهة الدائنين (مواد 244 و 247 تجارى و191و196/1 مدني) (2) .

المبحث الثاني : بعض الاوصاف الاخرى التي تلحق الاموال المرهونة .

بعد ما انتهينا من دراسة مشكل المال المرهون نريد ان نقف لحظة عند بعض الاوصاف التي تلحق بالمال المرهون كان تكون ملكيته على الشيوع، او انها لم تكن حاضرة، او معلقة على شرط (واقف ام فاسخ) او انها مسروقة او ضائعة، ام انها قد زالت لسبب من الاسباب . ذلك ما نتناوله في النقاط التالية :

— بالعدالة، ومنذ ذلك التاريخ ذاع صيت هذه القاعدة فروج لها الكتاب اللاحقون حتى استقرت في الفقه الحديث .
راجع في ذلك شمس الدين الوكيل ، ص 128 حاشية رقم 1 .

(1) ما سبق ص 27 .

(2) محمد وحيد سوار - الحقوق العينية - ج 1 - ص 73 و 74 .

./.

المطلب الاول : رهن المال المشاع .

تنص المادة 714 مدني بما يلي " كل شريك في الشيوع يملك حصته ملكا تاما، وله ان يتصرف فيها، وان يستولي على ثمارها وان يستعملها بحيث لا يلحق الضرر بحقوق سائر الشركاء" .

وبناء على ما تقدم، فان الرهن الذى حصل من مالك على الشيوع يكون صحيحا بشرط الا يلحق ضررا بباقي الشركاء الاخرين .

وتطبيقا لذلك، فان للمالك المشتاع الحرية في التصرف بالرهن في حصته وبما ان العقد رضائي يكون منتج الاثر بين اطرافه بمجرد الايجاب والقبول ولكن لا ينفذ في حق الغير الا بتوافر الحيازة طبقا لما نص عليه في المادة 961 مدني والمادة 32 تجارى .

اما اذا رهن المالك المشتاع حصة مفرزة من المال المشتاع، تكون صحة هذا الرهن متوقفة على مصير القسمة، فاذا وقع نصيب الراهن على الجزء المفرز صح الرهن، ولتنفيذه في مواجهة الغير تقتضي ايضا الحيازة .

واما اذا وقع نصيب الراهن على الجزء الاخر غير الجزء المرهون اختلف الرأى هنا، فالبعض يرى بانه رهن لملك الغير (1) .

والبعض الاخر يرى من انه يجب اعمال فكرة الحلول العيني وبالتالي ينتقل حق الرهن تلقائيا الى الحصة التي كانت من نصيب الراهن (2) .

---

(1) الاستاذ السنهورى : ص 767 فقرة 518، ويستند في ذلك الى حكم صادر عن استئناف مختلط بتاريخ 28 ابريل سنة 1940 م 54 - ص 178 الذى يقضي بمايلي : "اما اذا رهن الشريك حصة مفرزة من المال الشائع واقترن ذلك بتسليم هذه الحصة المفرزة، فان الرهن يتوقف مصيره على نتيجة القسمة، فاذا وقعت هذه الحصة في نصيب الراهن تايد الرهن، والا كان حكمه حكم رهن ملك الغير" .

(2) الاستاذ محمد كامل مرسي - اشار اليه السنهورى - ص 768 .

./.

ونحن نؤيد هذا الحل الاخير (الا وهو اعمال فكرة الحلول العيني) قياسا على نص المادة 2/890 مدني لاتحاد العلة (1) وحجتنا في ذلك هو ان المشرع سمح بأن ينتقل حق الرهن في المادة 2/890 مدني الى عين من الاعيان التي يحصل عليها الراهن غير التي رهنها . وقد تكون هذه الاعيان من المنقولات . مما يفيد ان طبيعة المال لا تعرقل في شيء عند اعمال فكرة الحلول العيني ، ومما يضعف قول بعض القائلين بان المادة 2/890 مدني هي خاصة بالعقارات(2) .

اما الرهن الصادر من جميع الاشخاص المشتاعين : فيرى من لا يقر بفكرة الحلول العيني في هذا المجال،بان مصير الرهن يتوقف على مصير القسمة، ذلك اما ان يقع المرهون كله في نصيب احد الشركاء او بعضهم فينعقد الرهن بالنسبة لمقدار حصصهم الاصلية،وما تبقى بالنسبة لحصص باقي الشركاء يعتبر هذا الرهن المتبقى واردا على ملك الغير (2) .

ونحن لا نرى في هذا الحل الغريب مبررا طالما انّ الرهن في البداية صادر من جميع الشركاء على الشيوع . وعليه ينبغي اعمال فكرة الحلول العيني في هذا المجال بحيث ينتقل الرهن الى حصص الاخرين بصفة تلقائية وينفذ الرهن ايضا عليهم بالنسبة لحصصهم الاصلية .

---

(1) تنص المادة 2/890 مدني " واذا رهن احد الشركاء حصته الشائعة في العقار او جزءا مفرزا من هذا العقار ثم وقع في نصيبه عند القسمة اعيان غير التي رهنها انتقل الرهن بمرتبته الى الاعيان المخصصة له بقدر يعادل قيمة العقار الذى كان مرهونا في الاصل . . . "

(2) سليمان مرقس - فقرة 240 - ص 376 - اشار اليه [illegible] . . .

( ) السنهوري : ص 768 .

المطلب الثاني : رهن المال المستقبل .

لم يرد نص في التشريع الجزائرى يخص الرهن الحيازى للمال المستقبلي على النحو الذى ورد فيما يتعلق بالرهن الرسمي (المادة 886 مدني)(1) على غرار التشريع المصرى الامر الذى جعل بعض الفقهاء (2) يقولون بعدم خضوع الرهن الحيازى لمبدأ التخصيص .

اما البعض الاخر (3) فيرى ان الرهن الحيازى يخضع لمبدأ التخصيص وهناك راى وسط (4) يذهب الى القول بان الرهن الحيازى يخضع لمبدا التخصيص لكن لا يشترط تعيينه تعيينا دقيقا بل يكفي ان يكون المال المرهون معينا او قابلا للتعيين ، طبقا لما تقرر في القواعد العامة .

هذا ونحن نرى ان هذا الراى الاخير اجدر بالعناية وقريبا للحقيقة وليس هناك ما يعارض تطبيقه في الجزائر طالما ان المشرع قد نص على هذه القاعدة بنص المادة 92 مدني التي تقضي على جواز التصرف في محل التزام المستقبل متى كان محققا (5) .

وكذلك ان عبارة " بيانا كافيا " التي اوردها بنص المادة 969 مدني (6) . لا تفيد في نظرنا سوى قابلية الشيء محل الرهن للتعيين . حيث يكفي ان ان يكون الشيء معينا بالنوع (7) ، غير ان الحق العيني لا يتقرر للدائن المرتهن على الشيء الا بالافراز .

---

(1) تنص المادة 886 مدني على انه " لا يجوز ان ينعقد الرهن الا على عقار ما لم يوجد نص يقضي بغير ذلك ، ويجب ان يكون العقار المرهون مما يصح التعامل فيه وبيعه بالمزاد العلني ، وان يكون معينا بالذات تعيينا دقيقا من حيث طبيعته وموقعه وان يرد هذا التعيين اما في عقد الرهن ذاته اوفي عقد رسمي لا حق والا كان الرهن باطلا" .

(2) شمس الدين الوكيل - ص 472 .

(3) سمير تناغو - ص 367 .

(4) الاستاذ منصور مصطفى منصور - ص198 و102 والسنهوري ج10 ص765 ف 517 - و 774 فقرة 522 .

(5) تنص المادة 92 مدني على مايلي "يجوز ان يكون محل الالتزام مستقبلا ومحققا غير ان التعامل في تركة انسان على قيد الحياة باطل ولو كان برضاه الا في الاحوال المنصوص عليها في القانون

./.

بالاضافة الى ما تقدم نقول انه لما ان الحيازة عندنا ليست شرطا للانعقاد ، فيعتبر ذلك تدعيما للقاعدة المقررة بنص المادة 92 مدني ، وبالتالي يمكن جدا انعقاد الرهن على منقول غير محاز عليه بعد من طرف الراهن .

وبطبيعة الحال يستثنى من هذه القاعدة ما استثنى بنص المادة 2/92 الخاصة بتحريم التصرف الذى يرد على تركة انسان على قيد الحياة ولو برضاه .

هذا ولما كان رهن المال المستقبلي ما هو في الحقيقة الا تصرف في ملك للغير فان احكام هذا الاخير هي التي تنطبق عليه (1) .

<u>المطلب الثالث</u> : رهن الملكية المعلقة على شرط .

قد تكون ملكية الراهن معلقة على شرط واقف فلا تصح ملكيته الا بتحقق هذا الشرط، وقد تكون معلقة على شرط فاسخ فلن تصح ايضا ملكيته الا بعدم تحقق هذا الشرط .

وعليه ففي حالة ما اذا لم يتحقق الشرط في الحالة الاولى، وتحقق في الشرط في الحالة الثانية، تزول ملكية الراهن باثر رجعي (2) ، وبهذا الصدد يثار التساؤل عن حق الدائن المرتهن في التمسك بالرهن بالرغم من زوال ملكية الراهن ؟ .

---

(6) تنص المادة 969 مدني بما يلي " يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير . . . . . ان يدون العقد في ورقة . . . يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا " .

(7) يقول الاستاذ مازو، ص 73 بند 65 انه عندما يتعلق الامر بالمثليات فالقاضي الفرنسي يقبل انعقاد الرهن مسبقا على البضائع التي سوف تسلم بعد مكان البضائع المستبدلة في المخزن العمومي من طرف المدين الراهن" اذا كان القضاء الفرنسي يقبل هذا الوضع في تشريع يجعل من عقد الرهن عقدا عينيا فمن باب اولى عندنا التي يكون فيها عقد الرهن عقدا رضائيا .

(1) يراجع ما قلناه في ملك الغير - ص 36 من هذا البحث .

(2) د. شمس الدين الوكيل : ص 451 ف 166 - السنهورى - ج 10 - ص770 - ف 519 . د. علي سليمان - ص 560 .

./.

للاجابة عن هذه التساؤلات ينبغي التمييز بين الدائن المرتهن السيء النية والحسن النية اولا ، وبين الدائن المرتهن الحائز والغير الحائز للشيء المرهون ثانيا . ففي حالة ما اذا كان الدائن المرتهن حسن النية وحائزا للشيء المرهون فبامكانه ان يعتصم بالمادة 835 مدني التي تقضي "بان من حاز بسند صحيح منقولا او حقا عينيا او سندا لحامله يصير مالكا له اذا كان حسن النية وقت حيازته" وهذا بحكم الاحالة التي تنص عليها المادة 970م(1) . اما اذا كان الدائن المرتهن الحسن النية لم يتسلم الشيء المرهون ،(وهذا قد يحدث وقوعه لان الرهن في قانوننا عقد رضائي لا يشترط التسليم عند انعقاد العقد ، فلا يحق له ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية بل يتعين عليه الرجوع الى القواعد العامة في تنفيذ الالتزام خاصة المادة 119 مدني التي سبقت الاشارة اليها .

المطلب الرابع : رهن الاشياء الضائعة او المسروقة .

قد راينا ان قاعدة الحيازة سند الحائز، تعتبر مكنة اعطيت للحائز حسن النية لكي يتمسك بها تجاه المالك الحقيقي ، وان اطلاق تطبيق هذه القاعدة قد يضر بالمالك الحقيقي ٺغير المخطيء من جهة،وان اعطاء لهذا الاخير مكنة الاسترداد في اى وقت قد يضر ايضا الحائز حسن النية من جهة اخرى .

لذلك راعي المشرع المصلحتين :

فمن ناحية انه حدد نطاق القاعدة التي تقضي بان الحيازة في المنقول سند الحائز الحسن النية، حتى لا تشمل الاوضاع التي يخرج فيها المنقول من يدى مالكه

---

(1) تنص المادة 970 مدني على ما يلي " تسرى على الرهن ، الاحكام المتعلقة بالاشار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها .
وبوجه خاص يكون للمرتهن حسن النية ان يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون ، كما يجوز من جهة اخرى لكل حائز حسن النية ان يتمسك بالحق الذى كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن" .

./.

الحقيقي دون خطأ منه، كحالة الضياع والسرقة والاوضاع التي تقاس بحكمهما كالاكراه مثلا، وبذلك اعطى للمالك الحقيقي مكنة استرداد المنقول من الحائز المرتهن، ولو كان هذا الاخير قد توافرت لديه شرائط الحيازة (1) طالما ان حيازته لم تنسب الى خطأ المالك الحقيقي .

ومن ناحية اخرى،فان المشرع قد راعى مصلحة الدين المرتهن حسن النية، حتى لا يبقى رهن هذا الاخير،مهددا طوال مدة الحيازة او ينتزع منه المنقول المرهون دون الحصول على ثمن مقابل (م836 مدني) .

وتظهر بوضوح الرعاية الاولى من حيث تقييد حق المالك في المطالبة بالاسترداد بان تتم خلال مدة لا تتجاوز ثلاث سنوات، ذلك استجابة وتكريسا لمبدأ استقرار المعاملات، ويرى الفقه (2) ان هذه المدة، هي ميعاد سقوط وليست مدة تقادم مسقط، وبذلك فهي بالتالي لا تخضع لحكم الاتفاق الذي يسرى على التقادم .

---

(1) راجع : الاستاذ علي سليمان المرجع السابق - ص 306 الى 314 حيث يقول : " ان شرائط اعمال القاعدة التي يتسنى للمالك ان يسترد المنقول الضائع او المسروق هي : 1- ان يكون المنقول قد سرق او ضاع من المالك ويستوى ان لم تكن السرقة معاقبا عليها لمانع من موانع العقاب، ولكن بما ان هذا الحكم استثناء والاستثناء لا يقاس عليه، فلا يقاس على السرقة جرائم الاختلاس الاخرى التي تشابهها مثل النصب وخيانة الامانة، وعلى ذلك فمن اشترى منقولا على مودع لديه لحسن النية يستفيد من القاعدة، اما الضياع فيجب ان يفهم بالمعنى الواسع كاهمال وتقصير او كل حالة يخرج فيها المنقول من حيازته دون ان يقصد التخلي عنه فيشمل القوة القاهرة كالفيضان والحريق وغير ذلك . 2 - ان يكون طلب الاسترداد في خلال مدة ثلاث سنوات وهي مدة سقوط لا يسرى الوقف والانقطاع وعلى طالب الاسترداد يقع عبء اثبات واقعة السرقة او الضياع والمدة . 3- ان يكون الحائز للمنقول حسن النية، بسبب صحيح، فاذا توافرت هذه الشروط كان للمالك ان يسترد المنقول من الحائز" .

(2) راجع الدكتور عبد المنعم البدراوى : "اثر مضي المدة في الالتزام" رسالة 1950- القاهرة - ص 43 - واسماعيل غانم، مذكرات في الحقوق العينية الاصلية سنة 1958 ص 138 اشار اليهما الاستاذ شمس الدين الوكيل، المرجع السابق - ص 448 - هامش رقم 1 .

./.

اما الرعاية الثانية التي خص بها الدائن المرتهن ،فتتمثل في اعطاق : لهذا الاخير حق استرداد الثمن الذى دفعه ممن يسترد الشيء متى كان هذا الشيء في حيازة الدائن المرتهن الحسن النية ، قياسا على المشترى حسن النية ، اذا كان هذا الاخير قد اشتراه في السوق بالمزاد العلني او اشتراه ممن يتجر في مثله .

وفي نظرنا انه ينبغي الوقوف حول ما تقرره الفقرة الثانية من المادة 836 مدني التي تعطي للحائز حسن النية حق طلب ممن يسترد الشيء بأن يرد له الثمن الذى دفعه في الشيء .

ونقول ان هذا النص غير سليم ، اذ انه ينبغي التمييز بين الحالة التي يتلقى فيها الحائز الشيء في المزاد العلني ، ففي هذه الحالة يكون له الحق في طلب استرداد الثمن الذى دفعه اما اذا زادت قيمة الشيء فلا يحق له ان يسترد الا الثمن الذى دفعه (1) .

والحالة التي يتلقى فيها الحائز هذا الشيء ممن يتاجر في مثله ، ففي هذه الحالة ، يكون الحائز اما انه قد تلقى الشيء بثمن يساوى قيمته الحقيقية ، ام انها اكثر ، او اقل ، من القيمة الحقيقية ، واذا كان الافتراض الاول لا يثير مشكلا لان الثمن الذى دفع يساوى القيمة الحقيقية للشيء فيسترد فقط الثمن الذى دفع .

اما في الافتراض الثاني والثالث فينبغي التمييز في الثمن الذى يسترده الحائز . فاذا تلقى الشيء مثلا بثمن 100 دج وقيمته الحقيقية كانت 150 دج فلا يسترد الا 100 دج ، لان ذلك هو الثمن الذى دفع في الشيء الذى تلقاه .

اما اذا تلقى الحائز الشيء بثمن 100 دج (وهو ما يحدث عادة عندما تفقد البضائع) وقيمته الحقيقية 50 دج فلا يحق له ان يسترد ما دفعه فعلا (يعني 100 دج) بل يجوز له فقط ان يسترد ثمن ما كان ينبغي ان يشترى به الشيء (وهو 50 دج) .

---

(1) لم نناقش حالة تلقي الشيء عن طريق المزاد العلني ، لان الراسي عليه المزاد يفترض منه انه اشترى الشيء بثمنه الحقيقي .

./.

زلك لان المشترى الحائز لما اشترى الشيء بثمن اكثر من قيمته الحقيقية ، يعتبر متطئا،فلا يمكن افادته بخطأ ارتكبه هو . وبذلك نرجح مصلحة المسترد على مصلحة الحائز .

هذا وقد ثار خلاف بين الفقهاء في مدى تطبيق نص الفقرة الثانية من المادة 836 مدني . السالفة الذكر .

حيث يرى فريق منهم (ويدعمهم القضاء الفرنسي) بأنه يجب تفسير النص المذكور تفسيرا ضيقا لوروده في حق المشترى حسن النية فلا ينبغي تطبيقه على الدائن المرتهن (1) .

اما الفريق الثاني (استنادا على المادة 970 مدني التي تقضي بالاحالة الكاملة الى القواعد العامة في حيازة المنقول) يرى بان حيازة الشراء المنصوص عليها في نص المادة 2/836 مدني يجب ان تفسر تفسيرا واسعا ، وتشمل الرهن ايضا حتى تتحقق الغاية التي يقصد اليها المشرع ، وهي حماية مكتسبي الحقوق العينية على منقول متى كان هؤلاء قد اكتسبوا هذه الحقوق عن حسن نية . وحتى يتحقق الانسجام بين مختلف احكام الحيازة في المنقول (2)

---

(1) راجع كامل مرسي ، التامينات العينية - ف 292 ، وسليمان مرقس - التامينات العينية ص 368 - فقرة 238 - وبلانيول المطول - ج 12 - ص 82 - بند 78 ، اشار اليهم الاستاذ علي سليمان ، المرجع السابق - ص 558 .

- وراجع : Les MAZEAUD. P. 72. n ° 65.

اشير اليه في التقنين المدني الفرنسي Cass.Civ.Dalloz.11.5.1898.

حاشية رقم 4 لنص المادة 2280 مفاده ما يلي :

" La Disposition de l'ar 2280 est esceptionnelle, restreinte par son texte même à l'acheteur, et ne peut, dès lors être etendue au créancier gagiste reclament le remboursement de ses avances"

(2) عبد الفتاح عبد الباقي : الوسيط في التامينات العينية - ف 263 - ص 230 وما بعدها . شفيق شحاته ، النظرية العامة للتامين العيني ف 97 . - شمس الدين الوكيل ، نظرية التامينات في القانون المدني الجديد - ف 160 - ص 407 .

./.

ونحن نميل الى تاييد هذا الراى الاخير،لان نص المادة 970 م جاء بصيغة الاطلاق بحيث تنص بشكل صريح على ان الاحكام المطبقة على اثار رهن المنقول هي نفسها الاحكام السارية على حيازة المنقول .

وبالخصوص انه يمكن الاستناد الى نص الفقرة الثانية من المادة المذكورة التي تقضي بحماية الدائن المرتهن الذى يتلقى الشيء المرهون من غير مالكه .

وعلى ذلك فاذا كان المشرع يريد حماية الدائن المرتهن حسن النية من تصرفات المتطفلين على املاك الغير،فمن باب اولى،ان يحمي هذا الدائن المرتهن متى تلقى هذا الشيء ممن اشترى هذا المنقول في السوق العامة بالمزاد العلني او كان هذا الاخير قد اشتراه ممن يتجر في مثله .

ولمَ تقصر احكام المادة 2/836 مدني على المشترى فحسب دون الدائن المرتهن في حين ان المادة 970 مدني تحيل اليها بشكل صريح (1) ؟

وعليه ففي حالة ما اذا كان الدائن المرتهن قد تلقى الشيء المرهون

---

(1) تنص المادة 970 مدني على ما يلي : " تسرى على رهن المنقول الاحكام المتعلقة بالاثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها . وبوجه خاص يكون للمرتهن حسن النية ان يتمسك بحقه في الرهن ولو كان الراهن لا يملك التصرف في الشيء المرهون،كما يجوز من جهة اخرى لكل حائز حسن النية ان يتمسك بالحق الذى كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحق لتاريخ الرهن" .
ويلاحظ ان رفض المرتهن الحسن النية رد الشيء الذى قد سبق ان تلقاه ممن اشتراه في سوق عامة بالمزاد العلني او ممن يتجر في مثله يستند اساسا على حق الحبس الذى تقرر له في المادة 2/836 مدني

./.

من مالك له (الذى اكتسب ملكية هذا المنقول من سوق عامة بالمزاد العلني او ممن يتجر في مثله (1) ، وكان هذا الشيء قبل ذلك مسروقا او ضائعا من حائزه او مالكه الاول) وهو حسن النية يكون من حقه ان يتمسك تجاه المسترد بان يدفع له ثمن شرائه على الا يكون هذا الثمن الذى يطالب به الحائز زائدا عن ثمن الذى دفعه المشترى الراهن في شرائه (2) او يجاوز القيمة الحقيقية للشيء على النحو الذى شرحناه .

---

(1) ولمزيد من الفائدة نورد نص استاذنا علي علي سليمان في شرح نص الفقرة الثانية من المادة 836 مدني التي تنص بما يلي " اذا كان الشيء الضائع والمسروق قد وجد في حيازة من اشتراه بحسن نية في السوق بالمزاد العلني او اشتراه ممن يتجر في مثله فان له ان يطالب ممن يسترد الشيء ان يرد الثمن الذى دفعه" قائلا " اذ المراد بالسوق ، السوق العامة التي يتعامل الناس فيها بالبيع والشراء ، وقد قضى بان شراء اوراق مالية مسروقة من مصرف لا يعتبر شراء من سوق عامة . والمراد بالمزاد العلني ، كل بيع يتم بالمزاد ولو لم يكن رسميا فيدخل في ذلك المزاد الذى يجريه الافراد . والمقصود بمن يتجر في مثل المنقول ، التاجر الذى يتجر في الاشياء من جنس الشيء المسروق او الضائع ، ويجب ان يكون التاجر تاجرا حقيقيا فلا يكفي ان يعتقد الحائز ان الشخص الذى يشترى منه تاجرا ، ويجب ان تتوافر صفة التاجر هذه في البائع لا في المشترى ، فاذا اشترى صائغ حلية من سارق فليس له ان يطالب المالك المسترد بالثمن بحجة انه يتجر في مثلها" ويقول ايضا " فاذا كان الحائز قد اشترى المنقول في هذه الاحوال فان له ان يطالب المالك المسترد بان يرد ما دفعه فيه من الثمن ، ويرى القضاء الفرنسي ان هذا الحكم استثناء فلا يجوز التوسع فيه ولا القياس عليه ، ويرى الا يقاس المرتهن رهنا حيازيا لمنقول ممن يتجر في مثله على المشترى ، ولكن اغلبية الفقه في فرنسا وفي مصر تقيس المرتهن الحيازى لمنقول على الحائز الذى اشترى - واذا طالب الحائز (اى المرتهن) المالك المسترد بتعجيل الثمن فتلكأ في دفعه فان للحائز حق حبس المنقول حتى يستوفي الثمن" علي سليمان المرجع السابق - ص 306 الى 314 .

(2) محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ص 192 - ف 254 .
وشمس الدين الوكيل - ص 450 - فقرة 164 .

./.

المطلب الخامس : زوال ملكية الراهن باشر رجعي .

عالج المشرع الجزائري في المادة 885 مدني (1) زوال ملكية الراهن باى سبب من الاسباب، وقضى بان الرهن يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن متى كان هذا الاخير حسن النية، وكذلك فعل المشرع المدني المصرى في المادة 1034 .

ولما كان هذا النص قد ورد في الرهن الرسمي فتساءل البعض عما اذا كان يطبق على الرهن الحيازى ايضا ؟

فاجاب فريق من الفقهاء بالنفي حيث قالوا ان هذا النص يعتبر خروجا عن القواعد العامة التي تقضي بان زوال الملكية باشر رجعي تزيل كل ما يترتب عليها من حقوق طبقا للقاعدة الرومانية القديمة التي تقول :

RESOCUTO - JURE - DANTIS. RESOLVITURE - JURS - ACCIPENTIS

فان خرج المشرع عن هذه القاعدة بنص استثنائي يقضي بتصحيح الرهن الذى صدر من غير مالك فانه لا ينبغي التوسع في تطبيقه (2) .

ويرى الفريق الثاني من الفقهاء : بان الرهن الصادر من مالك الذى زالت ملكيته باشر رجعي يكون صحيحا ، على اساس تطبيق نظرية المالك الظاهر .

فمتى كان المرتهن حسن النية ينبغي تمتيعه بالحماية المقررة بنص المادة 885 مدني ، لانه يكون قد تعامل مع شخص يوحي السند الذى بيده على انه يملك التصرف في الشيء المقدم اليه (3) .

---

(1) تنص المادة 885 مدني بما يلي " يبقى صحيحا لمصلحة الدائن المرتهن ، الرهن الصادر من المالك الذى تقرر ابطال سند ملكيته او فسخه ، او الغاؤه او زواله لاى سبب اخر اذا ثبت ان الدائن كان حسن النية وقت ابرام عقد الرهن" .

(2) السنهورى ـ الوسيط، ج 10 ـ ص 769 .

(3) توفيق شحاته : النظرية العامة للتامين العيني ، ط لا ، 1953 ـ ص 86" وبنفس المعنى يرى الاستاذ عبد الباسط جميعي ، نظرية الاوضاع الظاهرة ، رسالة 1955 ، القاهرة ص 350 ، اذ يقترح اطلاق نص المادة 1034 مدني مصرى على نحو يفهم منه كلمة " المالك" على معنى المالك الظاهر ، ولفظ" سند الملكية" على معنى السند الظاهر ، وعبارة" او لزواله لاى سبب اخر" على معنى يفيد اى سبب من الاسباب غير التي ـ

./.

ويرى الفريق الثالث من الفقهاء، من ان المادة 1034 مدني مصرى (وتقابلها نص المادة 885 مدني جزائرى) تنطبق ايضا على الرهن الحيازى لكن ليس على اساس نظرية المالك الظاهر (كما يرى الاستاذ توفيق شحاته وعبد الباسط جميعي) بل على اساس اعتبارات اخرى قدرها القانون وهي الحد من الاثار المترتبة على زوال الملكية باثر رجعي، رعاية للثقة المشروعة (1).

ونحن نؤيد هذا الراى الاخير لانه اقرب الى الصواب. ذلك لان اغلبية الفقه يقول بتطبيق هذه المادة على الرهن الحيازى (وهو قد يكون محله عقارا) فمن باب اولي ان نقول بان هذه المادة تنطبق ايضا على رهن المنقول تطبيقا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز حسن النية. هذا وقد حدد الفقهاء شروطا لتطبيق المادة 885 مدني على الرهن الحيازى لكي يستفيد الدائن المرتهن حسن النية من الحماية التي تتضمنها وهي :

1 - ان تقوم ملكية الراهن على سند صحيح وحقيقي (2) ناقل للملكية (كالبيع والهبة والوصية) وقت العقد (3)، وعلى ذلك فلا يستفيد من الحماية المقررة، من بيده السند الباطل بطلانا مطلقا (4) وواضع اليد الذى لم تثبت له الملكية.

— ذكرتها المادة، ويقول ان هذه الصياغة تفيد تقرير الحماية حتى في حالات البطلان المطلق لسند ملكية الراهن، ويستطرد في توسيع الحماية بحيث تشمل ايضا السند المزور او السند الصورى" اشار الى المرجع الاستاذ تناغو، المرجع السابق - ص 193 حاشية رقم 3 .

(1) د. شمس الدين الوكيل - ص 451 حاشية رقم 3 - ص 453 د تناغو - ص192 بند 77 د. علي علي سليمان - ص 436 وما بعدها .

(2) هذا الشرط يجنبنا الاوضاع التي يقوم بتصرف المالك الظاهر بسند صورى وباسم مستعار او الوارث الظاهر .

(3) هذا الشرط يميز لنا الاوضاع التي يقوم بها شخص لرهن ملك الغير الذى يصدر من غير مالك وقت ابرام عقد الرهن .

(4) راجع خلاف هذا الراى شمس الدين الوكيل - ص 451 حيث يقول " فدرجة البطلان لا تؤثر في مظهر العقد ومظهر صحته" وراجع صفحة 54 - حاشية رقم 1 من هذا البحث .

./.

2 - ان تكون الملكية قد زالت عن الراهن باثر رجعي بسبب من الاسباب التي نصت عليها المادة 885 مدني وهي الابطال او الفسخ او الالغاء او زواله باى سبب اخر (1) كنقص الاهلية او ما يشوب العقد من عيوب الارادة، او كان العقد قابلا للفسخ لعدم قيام الراهن بدفع الثمن او كان المتصرف اليه قد تلقى هذا الشيء على سبيل الهبة القابلة الرجوع فيها (2) .

3 - ان يكون المرتهن حسن النية وقت ابرام العقد ..وهذا الشرط بديهي، لان تقرير الحماية من المشرع لصالح الدائن المرتهن،كان اساسها موقف وسلوك الدائن آن ابرام العقد . اذ انه قد اعتمد على مظهر يعتقد انه صحيحا،وهو ليس على حقيقته ،فتعامل على اساسه ، لذلك فالمنطق يقضي بانه رعاية الثقة المشروعة واستقرار التعامل بين الافراد،طالما ان هذا الدائن المرتهن كان يجهل عند ابرام العقد خفايا هذا التصرف على انه يقوم على اساس ملكية مهددة بالزوال . وعلى ذلك فان تبين بان الدائن كان يعلم او بامكانه ان يعلم بخفايا هذا التصرف، فينتفي مع هذا العلم، حسن النية . وتزول العلة في الحماية بزوال المعلول . وبناء على ذلك فاذا حدث ان ارتهن شخص منقولا من مشتريه وهو يعلم عند ابرام العقد بأن ملكية المشترى

---

(1) راجع ما سبق - ص 51 رأى الاستاذ عبد الباسط جميعي - حيث يعطي مضمونا اوسع مما ذكر في المادة 885 مدني - حاشية رقم 3 .

(2) استاذنا علي علي سليمان - المرجع السابق - ص 437 .

مهددة بالفسخ لعدم دفع هذا الاخير ما عليه من ثمن فلا يمكن التذرع بالحماية المقررة في نص المادة المذكورة لعدم توافر شرط حسن النية (1) .

وبهذا ننتهي من الفصل الثاني المتناول للمال المرهون وسننتقل مباشرة الى موضوع الالتزام المضمون الذى هو ركن ثالث لانشاء عقد الرهن .

---

(1) وبهذا يقول الاستاذ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص **433** حيث يقول : " ان الحماية المقررة في المادة 1034 مدني مصرى (م 885 مدني جزائرى) شرعت لصالح الدائن المرتهن ، ولذلك فالمنطق يقضي بان تكون العبرة في توفير هذه الحماية هي بالنظر الى موقف الدائن المرتهن لا بموقف المدين ، فلا يقام اى وزن لسند المدين ولو كان حسن النية او سيء النية ، وانما يكفي ان يكون في يده سند له من مظاهر السلامة ما يؤدى الى اعتقاد الدائن المرتهن (على اساس المعيار الموضوعي) بملكية مدينه الراهن وثباتها . وبذلك يكون الحكم واحدا سواء كان سند المدين باطلا بطلانا مطلقا او نسبيا ما دام الدائن يعتقد في سلامة هذا السند وفدرجة البطلان لا تؤثر في مظهر العقد ومظهر صحته ، فمن الميسور مثلا ان يعلم الدائن المرتهن بنقص اهلية من تعامل مع الراهن وبالتالي يعلم بقابلية سند ملكية الراهن للابطال . بينما قد يتعذر عليه معرفة ان سند الملكية باطل بطلانا مطلقا لعدم مشروعية السبب . حتى يقول . . . فالعبرة اذن بمظهر العيب لا بجوهره ، فاذا كان عيب السند ظاهرا فهنا لا يحمي الدائن المرتهن ، وان كان خفيا وجبت حمايته بصرف النظر عن جسامة العيب" .

٠/٠

الفصـــل الثالـــث

الالتـــــــزام المضمـــــون

سبق ان ذكرنا عند الكلام في الخصائص العامة لرهن المنقول (1) ،ان الرهن حق تبعي للدين المضمون بالرهن ،كغيره من الرهون الاخـــرى ، وعلى ذلك فلا يتصور وجود رهن دون الدين المضمون .

والواقع ان وجود الدين المضمون ليس شرطا لوجود الرهن فحسب،بل هو ايضا عنصر لتكييفه،اذ لا يقال بان الرهن تجارى ام مدني،الا بتكييف طبيعة الدين المضمون ذاته،كما سنرى،فيما بعد ،والذى يهمنا في موضوع الالتزام المضمون،هو ما اذا كان الالتزام المضمون يخضع لمبدا التخصيص ام لا . واى نوع من الالتزامات التي يمكن ان يضمنها الرهن . ونتولى الاجابة على هذين السؤالين في المواضيع الاتية :

المبحث الاول : خضوع الالتزام المضمون لمبدا التخصيص .

ان نص المادة 891 مدني(2) التي تحيل اليها المادة 950 مدني يقضي بجواز ورود الرهن على ضمان التزام مستقبلي،اومجرد احتمالي، مما يوحي من النص ان الالتزام المضمون غير خاضع لمبدا التخصيص. اما نص المادة 969 مدني(3) فيشترط تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ

---

(1) راجع ما سبق ص 8

(2) تنص المادة 891 مدني بما يلي " يجوز ان يترتب الرهن ضمانا لدين معلق على شرط او دين مستقبل او دين احتمالي كما يجوز ان يترتب ضمانا لاعتماد مفتوح او لفتح حساب جاري،على ان يتحدد في عقد الرهن مبلغ الدين المضمون او الحد الاقصى الذى ينتهي اليه هذا الدين".

(3) وتنص المادة 969 مدني بما يلي " يشترط لنفاذ رهن المنقول في حق الغير الى جانب انتقال الحيازة الى الدائن ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا ويحدد هذا التاريخ الثابت مرتبة الدائن المرتهن" وعلى سبيل المقارنة تنص المادة 2132 مدني فرنسي " لا يقع الرهن صحيحا الا اذا كان الدين المضمون محققا ومعينا في العقد "

يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا ، مما يوحي ان الالتزام المضمون يجب ان يخضع لمبدا التخصيص. فكيف اذن التوفيق بين المادتين ؟ . لقد طرح المشكل في التشريع المصرى الذى جراه المشرع الجزائرى،فانقسم الفقه في هذا الصدد الى رايين :

- الراى الاول (1) : ذهب الى القول بعدم وجوب تخصيص الالتزام المضمون ، استنادا على نص المادة 891 مدني التي تبيح ورود الرهن ضمانا لدين لا يحمل في ذاتيته قدرا كافيا من التحديد ، كان يكون الرهن ضمانا لدين معلق على شرط او مستقبلي او كان احتماليا،كذلك الدين الذى ينتج عن فتح الاعتماد سواء كان قد استعمل المبلغ او لم يستعمل (2) او عن حساب جارى . ففي نظر هؤلاء ان هذه الانواع من الديون ليست معينة تعيينا دقيقا ولكنها قابلة للتعيين طبقا للقواعد العامة .

- اما البعض الاخر من الفقهاء (3) : يرون بوجوب خضوع الالتزام المضمون بالرهن لمبدا التخصيص، ذلك استنادا على المادة 969 مدني التي تستوجب تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ مبينا فيها المبلغ المضمون بالرهن (والعين المرهونة) بيانا كافيا بحيث ينفي الجهالة .

ونحن نقول بوجوب اخضاع الالتزام المضمون لمبدا التخصيص بالتوفيق بين المادتين (891 و 969 مدني) اذ ان حرص المشرع بنص المادة 891 مدني لا يفيد في الحقيقة الا تخصيص الالتزام ولو في حد اقصى منه . فمن الناحية

---

(1) د. السنهورى - ج 10 - ف 523 - ص 775 .

(2) -MARTY et RAYNAUD, P.41 , n° 65

(3) د. محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ف 289 - ص 211 و ف 244 - ص 188 .
د. شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ف 50 - ص 147 و ف 172 - ص473 .
د. عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترمانيني ، القانون المدني الجديد ، الحقوق العينية - ج 1 - ط 1964 مطبعة الشرق - ف 30 - ص 38 .
د. سمير تناغو - ط 1973 - ص 179 .

./.

التطبيقية فاذا حدد الالتزام المضمون في حد اقصى ثم تبين ان الشيء المرهون اكثر بكثير من الدين المضمون،فلا يحق تخفيض هذا الرهن بل يبقى الدين مضمونا بالرهن كله . وان تبين العكس ان الشيء المرهون اقل بكثير من الدين المضمون،فلا يضمن الا به ، ومعنى ذلك ان الدين ثابت ومعروف منذ البداية كما هو في الامر انه قد يناسب قيمة الشيء المرهون او قد لا يناسبه معها،كان يكون اقل منه او اكثر منه قيمة .

اذن فتحديد الحد الاقصى الذى ينتهي اليه هذا الدين المضمون لا يفيد في الحقيقة الا التخصيص .

وتاكد حرص المشرع على تكريس هذا المبدا بنص المادة 969 مدني التي تعتبر بمثابة نص خاص لرهن المنقولات ولولا حرصه على ذلك لترك الامر يشوبه الغموض كما هو عليه الحال في نص المادة 891 مدني .

بالاضافة الى ذلك يبدو ان المادتين (891 و969 مدني) متناقضتين في مضمونهما . والواقع ان كلا منهما تنظم امرا معينا،وفي نفس الوقت أنهما متكاملتيان ، اذ ان المادة 891 مدني التي تحيل اليها المادة950 مدني تبين لنا نطاق ومضمون الالتزام وانواعه ومدى قابليته للرهن .

اما المادة 969 مدني فيراد منها بيان الاجراءات المتبعة لنفاذ الرهن في اتجاه الغير .

هذا ويفسر الفقه عبارة "تحديد الدين المضمون" على انها تفيد تحديد مقدار راسماله والفوائد ،وتفيد ايضا تحديد المصدر الذى نشأ عنه الالتزام المضمون (1) .

---

(1) السنهوري : فقرة 532 - ص 776 وفقرة 163 صفحة 369 . المرجع السابق ج 10 .

./.

ومتى توافرت هذه الشروط كان الرهن قائما وقابلا للتنفيذ .

المبحث الثاني : نوع الالتزام الذى يصلح ان يكون مضمونا بالرهن .

الاصل ان كل التزام يكون صالحا بان يكون مضمونا بالرهن،اذ لا يهم فيما اذا كان الالتزام المضمون ،هو التزام بدفع مبلغ من النقود ام التزام بالقيام بعمل او الامتناع عنه (1) ،كما لا يهم من ان يكون مصدره تصرفا قانونيا ام هو واقعة قانونية،ولا يهم ايضا ان يكون العقد منجزا او مقترنا باجل ،باتا او معلقا على شرط واقف ام فاسخ ،ويصح ان يكون الرهن ضمانا لالتزام مستقبلي ،كفتح الاعتماد ،كما يصح ان يكون الالتزام المضمون مجرد احتمالي ،كفتح حساب جاري . ففي جميع هذه الاحوال تصح ان تكون محلا للضمان ،غير انه لا يجوز ان يعقد الرهن ضمانا لكل الديون التي تثبت في ذمة المدين سواء في اية مدة كانت . او في مدة معينة ما دامت الديون نفسها لم تعيين كل دين على حده من ناحية المقدار والمصدر (2) .

هذا ولقد ثار خلاف بين الفقهاء حول مدى جواز ترتيب الرهن لضمان الالتزام الطبيعي ،مع ان هذا الالتزام غير قابل للتنفيذ الجبرى (م 160 مدني) ،فالبعض يرى بعدم جوازه بان يكون مضمونا بالرهن (3) . والبعض الاخر يرى (4) العكس على انه يجوز ان يكون مضمونا بالرهن قياسا على كفالة القاصر (م 649 مدني) " التي تقضي بأن من كفل التزام ناقص الاهلية وكانت الكفالة بسبب نقص الاهلية ،كان ملزما بتنفيذ الالتزام اذا لم

---

(1) اذا كان الالتزام المضمون (هو القيام بعمل او الامتناع عنه) ،فان الرهن في هذه الحالة يضمن الوفاء بالتعويض الناتج عن عدم التنفيذ ،حتى ولو كان الاطراف قد اتفقوا على فسخ العقد وكان سبب الفسخ هذا ناتج عن عدم التنفيذ ،ما لم يتنازل الدائن عن حقه ضد المدين والرهن .
DALLOZ. Rep . Pratique, P. 275 Nantissement, n° 18

(2) السنهوري - ص 776 - المرجع السابق . ج 10 .

(3) عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترمانيني - المرجع السابق - ف 30 - ص36
محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ف 289 - ص211 (الحقوق العينية)ج 11 .

(4) SUZANE Rogier, de la mise en gage des creances en droit Français, thèse.1929.Paris.P.29
المادة 2/2012 مدني فرنسي .

./.

ينفـذه المديـن المكفـول " وطبقا لهـذا الـراى يكون الراهـن بمثابـة المدين الاصلي فـان لـم ينفـذ المديـن الاصلي طوعـا التزامه، احـل الراهـن محلـه فـي التنفيـذ ، جـبـرا .

ويميـز البعـض الاخـر من الفقهـاء (1) فيما اذا كان المديـن هـو الـذى قـدم الرهـن وظهـرت نيته في الوفـاء بهـذا الالتـزام اعتبـر الالتـزام الطبيعـي سببا فـي ترتيب الالتـزام المدنـي طبقا لنص المـادة (163 مدني) .ويضمن بالتالي هـذا الالتـزام باعتبـاره مدينـا اصليا (2) .

اما اذا كان مقـدم الرهـن هو شخص غير المديـن فـان هـذا الرهـن لا يجـوز لان ذلك من شـأنـه ان يجعـل التـزام الكفيل اشـد من التـزام المديـن الاصلـي وهـو مالا تجيـزه المـادة 653 مدني .

ولذلك يقـول الاستاذ السنهـورى ان كفالـة الكفيـل للالتـزام الطبيعـي جائـز ولكـن بشـرط ان يكون التزامه ايضـا طبيعيـا (3) .

ونحـن اذ نؤيـد هـذا الـراى الاخيـر الـذى يميـز بيـن الرهـن المقـدم مـن المديـن نفسـه والرهـن المقـدم من الكفيل العيني .

ومع ذلـك نـلاحظ على انـه لا يشتـرط ظهـور نيـة المديـن فـي الوفـاء بالالتـزام الطبيعـي ،بـل نميـل الـى الاتجـاه الـذى يقول ان واقعـة تقديم المديـن للرهن ضمانـا للالتزام الطبيعي في ذمته، تكفي بان تقوم الدلالة على انه يريـد ان يجعـل من الالتـزام الطبيعي سببا في التزامه بالتزام مدني (4) .

---

(1) استاذنا علي علي سليمان - المرجع السابق - ص 449 .

(2) ولا يعتبر ذلك تجديدا للالتزام (المنصوص عليه في المادة 287 / 1 مدني)

(3) السنهورى - المرجع السابق - ج 2 - ص 754 ....

(4) وعلى خلاف من ذلك فانه لا يجوز ان ينعقد الرهن ضمانا لدين متوقف وجوده على محض ارادة المدين .
" un nautissement ne peut être constituee pour une dette dont l'existance est subordonnée à une condition purement potestative de la part de débiteur. V. DALLOZ. Rep. Pratique, nautissement, P. 275. n° 20.

./.

وبهذا ناتي على نهاية الباب الاول الذى يتعلق بانشاء رهن المنقول وننتقل الى الاثار المترتبة عن عقد الرهن .

—**—

الباب الثاني

اثار الرهن الحيازي

تمهيد :

سبق ان راينا ان عقد رهن المنقول الحيازي هو عقد رضائي وملزم للجانبين بمقتضاه يلتزم الراهن بتقرير حق عيني تبعي على العين المرهونة لصالح الدائن المرتهن ، بحيث يكون هذا الاخير ان ينفذ على العين عند حلول اجل الدين باعتباره دائنا مرتهنا ، لا دائنا عاديا (1) غير انه لا يتقرر له حق التقدم وحق التتبع الا بعد التسليم .

ولما كان عقد الرهن من العقود الملزمة للجانبين ، فقد رتب المشرع على عاتق كل من الراهن والدائن المرتهن الالتزامات الاتية :

- فالراهن يلتزم بتسليم العين المرهونة (م951 مدني) ويضمن سلامة الرهن ونفاذه (م 953 مدني) كما يضمن هلاك الشيء المرهون عندما لا يكون للدائن المرتهن يد في هلاكه (م 954 مدني) .

اما الدائن المرتهن : فيلتزم بدوره بالمحافظة والصيانة للعين المرهونة (م955 مدني) وباستغلالها واستثمارها ان امكن ذلك ، واخيرا بردها الى الراهن عندما تنتفي الحكمة من الرهن (م956/2 و 959 مدني) .

فبما ان الالتزامات احد الاطراف تعتبر في حد ذاتها حقوقا بالنسبة للطرف الاخر . فنكتفي بذكر هذه الالتزامات دون الحقوق تجنبا للتكرار . هذا بالنسبة لاثار عقد الرهن بين اطرافه . اما فيما يتعلق باثاره

---

(1) السنهوري - ج 10 - ف 533 - ص 786 .

./.

بالنسبة للغير فان المشرع قد استلزم توافر شروط تختلف باختلاف طبيعة المال المرهون .

وسنتولى دراسة هذه المواضيع في الفصول الاتية :

—**—

الفصـــل الاول

اثـار عقـد الرهن بيـــن المتعـاقديـــن

نتنـــاول هــذه الاثـــار فـــي مبحثيـــن فالاول نخصـــه بالالتـــزامـــات الراهــــن اما الثاني نخصـــه للالتـــزامات المرتهـــن .

المبحث الاول : التزامات الراهــن .

تتمثــل هــذه الالتزامات في ثلاث وهـي :

- الالتـزام بالتسلـيم .
- الالتزام بضمان سلامة الرهن ونفاذه .
- والالتزام بضمان هلاك الشي' وتلفـه .

المطلب الاول : الالتـزام بالتسليم .

انـه لغنـي عـن البيـان بـان الراهـــن يلتـزم بتسليـم الشـي' المرهـــون بمجـــرد انعقـــاد العقـد اذا كـان هــذا الشـي' معينـا بالـذات(2) وعليـه اذا حــدث ان تقاعـس الراهـن فـي تنفيـــذ الالتـزام الـذي علـى عاتقـه طوعـا . أجبــر علـى التنفيـذ العينـي ،اوعن طريـق التعويض او كلاهما،في حـالـة التاخـر،طبقـا للقواعد العامة فـــي تنفيـــــذ الالتـزام . مـع كل هـذا يبقـى حـق الـدائن في اسقاط الاجـــل قائمـا لعــدم تقديـم المديـــن مـا وعـد فـي العقـد بتقديمــه مـن التــأمينـــــات (م 3/211 مدني) ،هـذا وقـد تقـرر الالتـزام بالتسليـم بنـص المادة 1/951 مدني ،اما الفقـــرة الثانيـة منهـا فقـد احـالتنـا الـى الاحكام الخاصة بتسلــــيم الشـي' المبيـــع (1) .

---

(1) تنص المـادة 951 مدني بما يلـي " ينبغـي علـى الراهـن تسليم الشـي' المرهـون الـى الـدائن او الى الشخـص الذي عينه المتعـاقدان لتسليمه . .
ويسري على الالتزام بتسليم الشي' المرهون احكام الالتزام بتسليم الشي' المبيـــع"
وقد سبق ان اشرنا من ان المشرع قد احالنا بنص المادة 2/951 الى الاحكام الخاصة بتسليم الشي' المبيع غيرانه لما تطرق لاحكام البيع لم يتناول سهوا احكام تسلـــيم الشي' المبيع .يراجع ما قلناه في البحث ص31 حاشية رقم1

(2) فيما يتعلق برهن الديون يقول الاستاذ انثم امين الخولي ما يلي " يوجب لتمـــام ـــ

./.

والواقع فبالرغم من وجود هذه الاحالة فان احكام البيع لا تنطبق الا من حيث زمان التسليم وكيفية حصوله ومكانه .

اما الاحكام التي تتنافى مع طبيعة الرهن والاهداف التي يرمي اليها فلا تسرى عليه،وعلى ذلك فالتسليم الحكمي المعمول به في البيوع لا ينطبق على رهن المنقول،الذى يقتضي الحيازة الحقيقية،التي تضع بصفة فعلية المال المرهون تحت تصرف الدائن المرتهن او العدل . لان التسليم الحكمي لا يجدى شيئا لنفاذ الرهن في مواجهة الغير مما يحيد هذا الرهن عن هدفه (1) والغاية التي انشيء من اجلها .

<u>المطلب الثاني :</u> التزام الراهن بضمان سلامة الرهن ونفاذه .

سبق ان راينا في المطلب السابق بان اول التزام يقع على عاتق الراهن هو الالتزام بالتسليم، والتسليم ذاته يقتضي ان يتم على النحو الذى يتحقق الغرض منه، وقد لا يتحقق هذا الغرض،الا اذا كان التسليم الذى يقوم به الراهن لم يتبعه اذى من هذا الاخير ادى الى الاضرار بحقوق الدائن المرتهن .

ـــ الرهن فيما بين المتعاقدين قبول المدين للرهن او اعلانه به" .
ويقول الاستاذ حسن يونس ما يلي : " وتنص المادة 1123 مدني مصرى على ان رهن الدين لا يكون نافذا في حق المدين الا باعلانه هذا الرهن اليه او بقبوله له وفقا للمادة 305 مدني مصرى" ومعنى ذلك ان الرهن لا ينفذ في العلاقة بين المتعاقدين الا اذا اتبعت اجراءات حوالة الحق" ونحن لا نوافق الاستاذان في الراى . راجع ما سياتي في البحث ـ ص 201 حاشية رقم 2 .

(1) شمس الدين الوكيل ـ ف 186 ـ ص 504 وما بعدها .
ويراجع ايضا : MARTY et RAYNAUD
حيث يقول : "Il ne suffirait pas d'une tradition feinte, comme celle qui resulterait d'une clause inserée dans un acte..."
ـ السنهورى ـ ج 10 ـ المرجع السابق ـ ف 533 ـ ص 785 .

./.

وقد يتصور صدور اذى في شكل القيام بعمل مادى من شأنه ان يؤدى الى الانقاص من القيمة الاقتصادية للشيء المرهون ،كان يقوم بالاتلاف الكلي او الجزئي للشيء . او من شأنه ان يحرم المرتهن من حيازته او يحد من الانتفاعه .

وقد يتصور صدور اذى في شكل القيام بعمل قانوني ،من شانه ان يثقل العين بحق عيني اصلي او تبعي لفائدة شخص ثاني بطريق التواطوء قبل ان يتسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون ويدخل تحت حيازته (1) . لذلك تدخل القانون حماية للدائن ،فاعطى له حق . . . الالتجاء الى القضاء لكي يامر بوقف الاعمال الضارة او الامر باتخاذ الوسائل التي تمنع وقوع الضرر طبقا لما تقرر بنص المادة 3/899 مدني التي تحيلنا اليها المادة 2/954 مدني .

وقد يحصل الضرر من الراهن نتيجة اتخاذ موقف سلبي ازاء تعرض قانوني من الغير يمس سلامة الرهن مدعيا ملكية المنقول مثلا تحت مبرر الضياع او السرقة حتى لا يتذرع الحائز بقاعدة الحيازة في المنقول او يحد منها .

لذلك تدخل المشرع بنص المادة 953 مدني التي تعطي مكنة عاجلة للدائن المرتهن لان يطلب القاضي السماح له باتخاذ الوسائل اللازمة التي تقتضيها المحافظة على سلامة الرهن ،ويكون هذا الاجراء على نفقة الراهن الذى تقاعس عن استعمال ما هو ملزم القيام به قانونا .

والى جانب هذا الحل،يمكن له ان يطلب فسخ العقد،طبقا للمادة 119 مدني ،وعند اعمال الفسخ،يسقط الاجل الممنوح للمدين ويكون ملزم بالتالي بالاداء الفورى .

---

(1) وبما ان المشرع لم يستلزم القيام بالتسليم فور انعقاد عقد الرهن فان التصرف في الشيء من قبل الراهن تصرفا ماديا ام قانونيا تبقى محتملة .

- MAZEAUDS. Page 76, n° 69 " aucun délait n'ayant été fixé pour le dessaisissement du débiteur, les tribunaux n'exigent pas que la remise de la chose accompagne immédiatement l'échange des consentements".

./.

المطلب الثالث : ضمان هلاك الشيء او تلفه .

يجب التمييز بين ثلاثة حالات لاسباب هلاك الشيء او تلفه . فاما ان يكون بسبب الراهن نفسه . واما ان يكون بسبب اجنبي . وتظهر اهمية التفرقة بين الحالتين في حق الاختيار المقرر بنص المادة 899 مدني .

- ففي الحالة الاولى : يكون للدائن حق الاختيار بين تقديم تامين كاف من المدين او طلب التعجيل بالوفاء بالدين .

- اما في الحالة الثانية : (عندما يرجع الهلاك او التلف لسبب اجنبي) فيكون حق الاختيار للمدين بين تقديم تامين كاف او الوفاء بالدين .

وفي كل من الحالتين تقع تبعة الهلاك او التلف على عاتق الراهن .

- اما في الحالة الثالثة : فهي تتمثل في كون سبب الهلاك او التلف ينسب الى الدائن المرتهن ففي هذه الحالة تكون تبعة الهلاك او التلف على هذا الاخير (اى على المرتهن)لانه يكون مسؤولا عن الشيء المرهون اذا لم يبذل قدرا معينا من العناية في حفظ الشيء وصيانته طبقا لمعيار الرجل العادى او السير العادى للامور (1) .

. هذا وعلى خلاف ما يراه بعض الفقهاء (2) فان طبيعة التزام الراهن هو التزام بنتيجة اما التزام الدائن فهو لا يكون الا التزام بعناية (3) اما عبء الاثبات فيقع على عاتق الدائن المرتهن او على الراهن حسبما اذا كان الشيء قد هلك قبل تسليمه او كان هذا الشيء قد هلك بعد تسليمه الى المرتهن او العدل كما سبق ان ذكرنا .

(1) تحيل نص المادة 954 مدني على نص المادة 899 و 900 مدني ،غير اننا نلاحظ ان نص المادة 899 مدني الفقرة الثانية منها ، ماهي الا تكرار وتكريس لما نص عليه في القواعد العامة بنص المادة 211 مدني التي تقضي " يسقط حق المدين في الاجل اذا انقضى بفعله الى حد كبير ما اعطى الدائن من تامين خاص، ولو كان هذا التامين قد اعطى بعقد لاحق او بمقتضى القانون . اما اذا كان انقاص التامين يرجع الى سبب لا دخل للمدين فيه فان الاجل يسقط ما لم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا (بمعنى ان للمدين حق الاختيار في الحالة الثانية فقط) .

(2) شمس الدين الوكيل - ص 512 و 514 .

(3) سمير تناغو - ص 372 - ما سياتي - ص 67 وما بعدها في هذا البحث .

./.

فاذا وقع الهلاك او التلف قبل التسليم فان عبء الاثبات يقع على الراهن وعليه ان يثبت بان سبب الهلاك او التلف قد وقع من الدائن مثلا او بسبب اجنبي، حتى يدفع المسوءولية عنه ، في الحالة الاولى، ويتقرر له حق الاختيار في الحالة الثانية .

اما اذا وقع الهلاك او التلف بعد التسليم،فهنا تقوم قرينة قاطعة على ان الدائن المرتهن هو المخطيء وله ان يدفع هذا الخطأ باثبات ان الهلاك ليس له يد فيه ، ويكفي ان يثبت على انه لم يخطيء،وانه بذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل العادي .

هذا وقد يحدث ان يتلقى الراهن عن الهلاك او التلف الحاصل للشيء تعويضا مدنيا،او تامينا،او مقابلا ،نتيجة التصرف فيه بالبيع الى شخص حسن النية، فان حق الدائن المرتهن ينتقل بمرتبته الى هذه القيمة على اساس فكرة الحلول العيني (م 900 مدني التي احالت اليها المادة 954 مدني) .

وخلاصة القول ان التزامات الراهن تتمثل في التسليم وفي ضمان سلامة الرهن ونفاذه وفي ضمان هلاك الشيء او تلفه على النحو الذى شرحناه .

وفي المقابل قد رتب المشرع ايضا التزامات على عاتق الدائن المرتهن ذلك ما نتولى شرحه في المبحث الاتي ،لكن قبل ان نتعرض الى هذه الالتزامات فضلنا ان نسبقه بنظرة خاطفة حول الاساس الذى يقوم عليه هذا الالتزام المرتهن وطبيعته والجدال الفقهي الذى ثار حوله ،نظرا لاهميته ، وتبيان موقفنا من كل هذا الجدال بما يسمح به الموضوع دون التعمق او اسهاب .

<u>المبحث الثاني</u> : التزامات الدائن المرتهن .

وتتمثل التزامات الدائن المرتهن في ثلاث : وهي الالتزام بالمحافظة ، الالتزام بالاستثمار والادارة للشيء ،واخيرا الالتزام بالرد .

./.

المطلب الاول : الالتزام بالمحافظة .

البنـــد الاول : اساس وطبيعة التزامات الدائن المرتهن .

أ) الاساس الذى يقوم عليه الالتزام :

قد راينا في المبحث السابق من ان الراهن يلتزم بمقتضى عقد الرهن بتسليم الشيء المرهون الى الدائن المرتهن او الى العدل،وان هذا التسليم في الرهن ما هو الا نقلا للحيازة دون انتقال الملكية،فمن البديهي ان تقرر للراهن الحماية للحفاظ على حقه في ملكية الشيء .وبالتالي فنقل الحيازة يستلزم تبعا نقل الحراسة والحفاظ والصيانة وغيرها . ولعل ذلك ما ادى ببعض الفقهاء الى القول بان اساس التزام المرتهن هو نقل الحيازة ذاتها (1) والبعض الاخر من الفقهاء يرون بان اساس هذا الالتزام هو ناشيء عن التزام الدائن المرتهن بالرد للشيء المرهون الى الراهن عند انقضاء الدين ،فطبقا لهذا الراي ان الالتزام بالمحافظة والصيانة،ما هو الا التزام ثانوى،ناتج عن الالتزام الاصلي وهو الرد . بحجة ان الالتزام بالرد للشيء المرهون في الحالة التي كان عليها آن التعاقد،اوآن التسليم له من الراهن،يقتضي بداهة العناية به والمحافظة عليه حتى يبقى سالما من الهلاك او التلف او التحويل (2) .

ونحن اذ نقدر وجاهة الرايين غير اننا نرى ان اساس كل من الالتزام بالمحافظة والالتزام بالرد يرجعان الى واقعة الحيازة ذاتها وصفتها العرضية .

ذلك بحجة انه كما لا يمكن تصور التزام الدائن المرتهن بالمحافظة قبل واقعة التسليم لا يمكن ايضا تصور الالتزام بالرد لولا الحيازة العرضية ،والدليل على ذلك ان نص المادة 955 مدني ،قد رتب الالتزام بالمحافظة على الدائن

---

(1) السنهوري -ج 10 - ص 809- وسمير تناغو - ص 375 .

(2) على سليمان المرجع السابق - ص 570 - ومحمد وحيد سوار - ف 301 - ص 217 .

وبهذا المعنى يقول الاستاذ :
- VIVANT, traité du droit commerçial,, 1912, Paris, page 32" le contrat de gage, en gendre comme principale obligation pour le créancier de restituer le gage après l'extuiction de la dette".

./.

المرتهن تحت شرط واقف، وهو الحيازة، (بقولها اذا تسلم الدائن المرتهن . .)(1) .

هذا فاذا كان المشرع قد وضع على عاتق الحائز الالتزام بالمحافظة فانه لم يوضح مقدار العناية المطلوبة منه ، الامر الذى يثير التساؤل عن اى درجة من العناية التي يريدها المشرع واى نوع منها ؟

- اهي عناية الشخص في امواله الخاصة، كما هو الحال في الالتزام الملقى على عاتق المودع لديه اذا كانت الوديعة بلا اجر (م 592 مدني) ؟

- ام هي عناية الرجل العادى كما هو الحال عليه في الالتزام الملقى على عاتق المستاجر (م 495 مدني) والمنتفع (م 849 مدني) ؟

- ام هي عناية الرجل الحريص، كما هو الشان في الالتزام الملقى على عاتق المستعير (م544 مدني) ؟

ذلك ما نحاول الاجابة عنه في النقاط التالية تحت عنوان : الطبيعة القانونية لالتزام الدائن المرتهن - بالعناية .

ب) ما هي الطبيعة القانونية لالتزام الدائن المرتهن ؟

ان نص المادة 955 مدني قد اجاب على السؤال ، لكن اجابته كانت غامضة لما انه تكلم على نوعين من المسؤولية في آن واحد وقد صيغ على نحو يبدو انه قد وضع على عاتق الدائن المرتهن التزاما بوسيلة والتزاما بعناية في وقت واحد (2) ولمعالجة الموضوع، نحاول ان نلقي نظرة على موقف الفقه ثم نحدد موقفنا من النظريات الفقهية .

---

(1) يلاحظ ان هذا النص يتكلم عن الدائن المرتهن مع ان الالتزام بالمحافظة يقع على الحائز سواء كان هو الدائن المرتهن ام انه هو شخص اجنبي متفق عليه .

(2) حيث ان الشق الاول منها يحدد العناية بما يبذله الشخص العادى صراحة . اما الشق الثاني منها فيقضي بما يلي " وهو مسؤول على هلاك الشيء او تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع الى سبب لا يد له فيه " ومعنى ذلك انها تضع على عاتقه التزام بنتيجة .

./.

1) راى الفقــه :

اختلف الفقه في تكييف الطبيعة القانونية للالتزام الذى تعنيه هذه المادة (955 مدني) . فالبعض يرى بأن طبيعة التزام الدائن المرتهن هو التزام ببذل عناية ويستند هذا الراى الى حجج مختلفة وهي :

1 - ان المشرع لا يحمل المدين تبعة الحادث الفجائي او القوة القاهرة وان سلامة الرهن تقع على عاتق الراهن في النهاية مما يدل على ان الالتزام المرتهن هو التزام بعناية (1) .

2 فالعناية الخاصة ... لا تتقرر الا بنص القانون وبما ان المشرع لم ينص على عناية خاصة فان العناية المطلوبة في المرتهن هي تلك المطلوبة في الرجل العادى (2) .

3 - ان التزام بعناية قد ينقلب الى التزام بغاية والعكس صحيح . وان المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين ، ومقدار العناية المطلوبة من الدائن المرتهن ، هي عناية الرجل العادى لا اقل ولا اكثر من ذلك (3) .

4 - واخيرا ان هذا الراى يميز بين الدائن والعدل ويقول : ان ما يتطلب من الدائن المرتهن هو عناية الرجل العادى فحسب ، لانه لا يحتاز الشيء المرهون لصالح الراهن فحسب حفاظا لحقه في الملكية ، بل يحتازه ايضا لمصلحته هو ، التي تتمثل في استيفاء الدين المضمون منه (4) .

---

(1) تناغو : المرجع السابق - ص 376 وما بعدها .

(2) الترميني والترمانيني - المرجع السابق - ص 52 .

(3) السنهورى - ج 10 - ص 809 وما بعدها .

(4) محمد وحيد سوار - شرح القانون المدني (الحقوق العينية) ص68 / 1969 ص219 .

./.

اما المدلن فهو بمثابة وكيل،فان كان مأ جورا،فان العناية المرجوة منه هي عناية الرجل العادى،اما اذا كان متبرعا،فلا يرجى منه الا ما كان يبذله من العناية في شوؤنه الخاصة،فان كان حريصا في شوؤنه الخاصة فلا يطالب باكثر من العناية التي يبذلها الرجل العادى،حتى لا تكون مسوؤليته اشد من الوكيل المأ جور (1).

اما الفريق الثاني من الفقهاء،فانه يذهب الى القول بان التزام المرتهن هو التزام بتنيجة،وفي هذا الصدد ننقل ما قاله الاستاذ شمس الدين الوكيل(2) اذ يقول" ويلاحظ وجوب مراعاة الحيطة في الرجوع الى هذه النصوص(3) للاستدلال منها على تحديد نطاق تقسيم الالتزام الى بذل عناية او تحصيل نتيجة. فلا يكفي ان يرد نص في القانون يقرر ان المدين ملتزم ببذل عناية معينة للقول بانه غير ضامن لتحقيق النتيجة التي تؤدى اليها هذه العناية عادة.

وانما يجب الاستناد الى معيار اخر وهو الراجح بين الفقهاء المروجين لهذا التقسيم قوامه،ان العبرة بمدى احتمال وقوع النتيجة،ومدى سيطرة المدين عليها وقدرته على تحقيقها،فان كانت العناية المطلوبة منه تؤدى الى الغاية منها،كنا بصدد التزام بتحصيل نتيجة المثال الحي الذى يصدق عليه المعيار المتقدم هو التزام الدائن المرتهن المقرر في نص المادة 1103 مدني مصرى (النص مطابقا تماما مع نص المادة 955 مدني جزائرى) فهو يلتزم باتخاذ مسلك معين في المحافظة على الشيء المرهون وصيانته ولكنه يضمن ايضا سلامته،فقد افترض المشرع ان العناية المطلوبة منه،تؤدى الى الابقاء على الشيء سليما دون ان يصيبه التلف او يلحقه الهلاك،فان

---

(1) وعلى هذا الراى: الاستاذ علي علي سليمان - المرجع السابق - ص571 حاشية رقم 1

(2) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 513 وما بعدها.

(3) يشير الكاتب الى المادة 211 مدني مصرى التي تخص العناية المطلوبة من المدين اذا كان ملتزما بالمحافظة على الشيء او القيام بادارته او بتوخي الحيطة في تنفيذ التزامه،وليس لهذا النص نص مقابل في القانون المدني الجزائرى. ويشير ايضا الى نص المادة 641 مدني مصرى (544 م جزائرى المتعلقة بالتزام المستعير) والمادة 720 مدني مصرى (592 مدني جزائرى والمادة 495 مدني و 849 مدني جزائرى التي تتعلق بالتزام المودع لديه والمستاجر والمنتفع وغيرها).

./.

تلف او هلك انعقدت مسؤوليته ، باعتباره ضامنا لنتيجة معينة ، ما لم يثبت السبب الاجنبي الذى جعلها تفلت من سيطرته" .

اما الراى الثالث من الفقهاء ، فقد حاول التوفيق بين التعارض الذى اوردته المادة 955 مدني والتي تقرر في نفس الوقت الالتزام بوسيلة والالتزام بنتيجة (1) ، وبهذا الشان نورد راى استاذنا علي علي سليمان ، قائلا ، ما معناه : ان نص المادة المذكورة يتضمن الالتزام اصلي وهو الالتزام بالرد للشيء المرهون الى الراهن والالتزام بالرد يستلزم الالتزام بالمحافظة حتى يكون الالتزام الاصلي قابلا للتنفيذ ، وعلى ذلك يعتبر الدائن المرتهن قد قام بالتزامه بالمحافظة على الشيء وصيانته ويفترض منه انه قد بذل في سبيل ذلك عناية الرجل العادى وعلى الراهن اذا ادعى غير ذلك ان يثبت ان المرتهن لم يبذل في المحافظة على الشيء عناية الرجل المعتاد .

اما اذا هلك الشيء المرهون او تلف ، واستحال بالتالي رده بالحالة التي كان عليها عند تسليمه للمرتهن يكون هذا الاخير قد اخل بالتزامه بتحقيق غاية . ويكون بالتالي مسؤولا حتى يقيم الدليل على ان الهلاك او التلف يرجع الى سبب اجنبي لا يد له فيه (2) .

2 - موقفنا من هذه النظريات الفقهية :

لقد راينا اختلاف الفقهاء الذى دار حول تكييف الطبيعة القانونية للالتزام الذى يقع على عاتق الدائن المرتهن بنص المادة 955 مدني .

---

(1) ونص المادة 955 مدني - هذا - يقضي بما يلي " اذا تسلم الدائن المرتهن الشيء المرهون فعليه ان يبذل في حفظه وصيانته من العناية ما يبذله الشخص المعتاد وهو مسؤول عن هلاك الشيء او تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب لا يد له فيه" .

(2) استاذنا علي سليمان - المرجع السابق - ص 572 - 573 .

./.

فمنهم من يرى انه التزام ببذل عناية ومنهم من يرى بانه التزام بنتيجة ، ومنهم من وقف موقف وسط حيث يرى ان نص المادة المذكورة يتضمن التزاما بعناية والتزاما بغاية في نفس الوقت .

غير ان الحجج التي اعتمد عليها هؤلاء الفقهاء لتبرير آرائهم تستوجب بعض المناقشة والوقوف عندها وسوف نحاول الرد عنها باختصار .

فالراى القائل بان التزام الدائن المرتهن هو التزام ببذل عناية بحجة ان المشرع لم يحمل المرتهن تبعة الهلاك او التلف عند تحققهما بسبب اجنبي (1)، هذه الحجة مرفوضة،لانه حتى ولو كان الالتزام بنتيجة فبامكان المرتهن ان يدفع المسؤولية عنه باثبات السبب الاجنبي، وهذا السبب يقطع العلاقة السببية، وبقطعها تنتفي المسؤولية ،فالتزام امين النقل (اشخاص ام بضائع) مثلا هو التزام بنتيجة ومع ذلك يمكن ان يدفع المسؤولية عنه باثبات السبب الاجنبي (2) .

اما الراى القائل بان التزام الدائن المرتهن هو التزام بعناية على اساس ان المرتهن يحتاز لمصلحته ومصلحة الراهن (اى المالك) (3) معا . فان هذه الحجة هي ايضا محل نظر،ذلك باعتبار انه ليس من الضرورى ان يحتاز المدين (وهو الدائن المرتهن) لمصلحته فقط لكي يكون ملتزما التزاما بنتيجة ،فالمستعير مثلا يحتاز لمصلحته ولمصلحة المعير معا ومع ذلك فمسؤوليته اشد من مسؤولية الرجل العادى .

---

(1) راى الاستاذ تناغو - ص 376 .

(2) راجع الحكم الصادر عن محكمة النقض المدني مصرى بتاريخ 7 / 1 / 1954 . مجموعة المكتب الفني عدد 2 سنة 5 ص 402 ، اشار اليه الاستاذ شمس الدين الوكيل المرجع السابق - حاشية رقم 2 - ص 512 . وراجع ايضا الاستاذ على سليمان ، المرجع السابق - ص 572 حيث يقول في التزام الناقل ما يلي " لا يعفيه من المسؤولية ان يثبت انه بذل في سبيل توصيله عناية الرجل العادى ، وانما يعفيه منها اثبات السبب الاجنبي " .

(3) راي استاذنا محمد وحيد سوار (الحقوق العينية) المرجع السابق- ص 219 .

. / .

اما الراى القائل بان العناية الخاصة لا تتقرر الا بنص القانون (1) فرد عليه بان هذه العناية قد نص عليها المشرع في الشق الثاني من نص المادة 955 مدني بقوله" وهو مسؤول عن هلاك الشيء او تلفه ما لم يثبت ان ذلك يرجع لسبب اجنبي لا يد له فيه" . وفي نظرنا انه لولا حرص المشرع على تخصيص هذه العناية،لما كان في حاجة الى تخصيص المسؤولية لحالة الهلاك او التلف تختلف عن المسؤولية المفروضة عن عدم الحفاظ والصيانة ولكان قد اكتفى المشرع بالمسؤولية المفروضة في الشق الاول من النص المذكور .وهي " مسؤولية الرجل العادى" .

اما الراى القائل بان التزام الدائن المرتهن هو التزام بعناية استنادا الى درجة الخطا (2) فلا نرى مبررا لهذه الحجة وهي مخالفة لغرض المشرع . الذى حدد المسؤولية بنص صريح . بالاضافة الى ذلك اننا لا ندرى كيف توصل الى هذه النتيجة .

لان الاستاذ شمس الدين الوكيل،قد اعتمد على نفس المعيار،الذى اعتمد عليه الاستاذ السنهورى،ومع ذلك فقد توصل الى نتيجة غير التي توصل اليها الاستاذ (السنهورى)،اذ يقول (3) بان" العبرة بمدى احتمال وقوع النتيجة ومدى سيطرة المدين عليها وقدرته على تحقيقها" ثم انتهى بالقول الى ان التزام الدائن المرتهن هو التزام بنتيجة او بغاية .

---

(1) راى الاستاذان : البسرميني والترمانيني - المرجع السابق - ص 52 .

(2) راى الاستاذ عبد الرزاق السنهورى - ج 10 - ص 809 وما بعدها ، وكذلك الوجيز ص 209 - اشار اليه تناغو في المرجع السابق - ص 377 حاشية رقم 1 .
ويقول الاستاذ السنهورى في هذا الصدد " ان الالتزام بعناية قد ينقلب الى التزام بعناية ، وان المهم في كل ذلك هو مقدار العناية المطلوبة من المدين ، فمن السبب الاجنبي الى الفعل المجرد من الخطا . الى الخطا التافه الى الخطا اليسير الى الخطا الجسيم الى الفعل العمد يتدرج المدين في مسؤوليته العقدية وفقا لما ينص عليه القانون او يقضي به الاتفاق . . . (وينتهي) بالنتيجة الى القول بان العناية المطلوبة من الدائن المرتهن هي عناية الرجل العادى لا اقل ولا اكثر من ذلك" .

(3) راى شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 513 .

./.

مع ان الاخذ بهذا المعيار لا يؤدى بالضرورة الى نفس النتيجة التي انتهى اليها .

اذ ان الاخذ بهذا المعيار معناه الاخذ بالاعتبار عدة عناصر، منها طبيعة الشيء المرهون اذا كان قابلاً للهلاك او التلف (من الداخل او من خارجه) ومدى سيطرة الدائن المرتهن على مقاومته .

وعلى ذلك فتكون طبيعة التزام الدائن المرتهن بحسب حالة الشيء المرهون فتارة يكون التزامه بغاية،وتارة اخرى يكون التزامه ببذل عناية والقاضي له سلطة تقديرية في الموضوع .

فاذا كان الشيء مثلا هو كمبيالة فاحتمال الهلاك او التلف لها (ماديا ام قانونيا) ابعد مما اذا كان الشيء المرهون فواكه او خضر وعلى ذلك يكون التزامه بنتيجة في المثال الاول ويكون ببذل عناية في المثال الثاني .

وعلى اية حالة ان مصدر الخلاف الفقهي هذا قد جاء نتيجة لعدم وضوح نص المادة 955 مدني ،وبالتالي فنحن نميل الى الراى القائل بان مضمون هذه المادة يحتوى على الالتزام بعناية والالتزام بغاية في نفس الوقت (1) وفي نظرنا انه ليس هناك تناقض بين المسؤوليتين بل انما يريد المشرع التمييز بين امرين :

- اولا : عندما يصدر التقصير او التهاون من الدائن المرتهن منتجا لاشاره في الحال يؤدى الى اتلاف او هلاك الشيء المرهون (جزئيا ام كليا) بحيث يستحيل تنفيذ التزامه برد الشيء الى الراهن بالحالة التي كان عليها آن تسلمه اياه ، وهنا تنعقد مسؤوليته على اساس خطأ مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس الا بقطع العلاقة السببية بينه وبين الضرر الذى حدث للشيء ، ولا يتأتى للدائن ذلك الا باثبات السبب الاجنبي .

---

(1) علي علي سليمان - المرجع السابق - ص 572 - 573 .

./.

- ثانيا : عندما يصدر منه التقصير او التهاون او سلوكا ضارا (ظاهر او خفي) لكن لا ينتج اثارا في الحال بل قد تظهر هذه الاثار في المستقبل اى بعد تنفيذ الالتزام بالرد .

وفي هذه الحالة،طالما ان هذا السلوك السلبي لم يحدث ضررا في الحال، ادى به الى الهلاك او التلف،فلا يمكن اقامة المسوءولية الا باتباع القواعد العامة، لذلك جعل المشرع المسوءولية تخضع لمعيار سلوك الرجل العادى ويقع على عاتق الراهن عبء اثبات الخطأ .

ولمزيد من الوضوح ناتي بالمثال الاتي :

لنفترض ان الشيء المرهون هو سيارة،قام المرتهن بتنفيذ التزامه بالرد وهي سالمة من العطب او التلف والرنة،وبالرغم من ذلك يمكن ان ينسب للمرتهن خطا عدم اتخاذ وسائل الصيانة التي يستعملها الأشخاص دوريا اى تلك الوسائل التي تتمثل في استبدال الزيوت والشموع التي لا تظهر نتائجها على المحرك الا بعد زمن طويل من بعد الاسترداد .

ولما نمعن النظر في مثالنا هذا نجد بأن المسوءولية تختلف شدتها باختلاف ما اذا كان السلوك السلبي (تقصير ،تهاون وغيره) قد ظهرت اثاره آن حيازة الدائن للشيء المرهون ام انه قد ظهرت اثاره بعد انتقال الحيازة من المرتهن الى الراهن .

- ففي الحالة الاولى كان خطأ الدائن المرتهن مفترض افتراضا لا يقبل اثبات العكس الا باثبات السبب الاجنبي .

- اما في الحالة الثانية : فمسوءولية الدائن المرتهن تخضع للقواعد العامة التي لا تقوم الا باثبات عناصرها الثلاثة .

اذن نخلص الى ان طبيعة التزام الدائن المرتهن يتحدد بامرين :
- 1 - جسامة الضرر .
- 2 - انتقال الحيازة الى الراهن .

./.

ويكون الضرر جسيما اذا بلغ حدا،ادى الى اتلاف او هلاك الشيء قبل تنفيذ الدائن المرتهن التزامه بالرد وبذلك يكون التزامه بالنتيجة(1) طالما ان في هذه الحالة يستحيل التنفيذ بالرد،للشيء في الحالة التي كان عليها آن التسليم . اما اذا كان الضرر الحاصل للشيء غير ظاهر،بحيث لم تظهر نتائجه الا بعد تنفيذ الالتزام بالرد وبذلك لا تقام،على المدين،المسؤولية الا بناء على القواعد العامة اى يكون التزامه التزاما بعناية .

اذن ليس هناك ما يبرر القول،بان نص المادة 955 مدني تتضمن في طيها تناقضات بل انها تنظم حالة التي يكون فيها الدائن ملتزما بعناية ، وحالة اخرى التي يكون فيها ملتزما بغاية . وهذا امر منطقي اذ أن في غير حالات الهلاك او التلف للشيء المرهون لا يمكن افتراض خطأ الدائن، والاصل في الذمم البراءة حتى يثبت عكسها .

اما اذا وقع التلف او الهلاك للشيء وهو في حيازة الدائن المرتهن فالمنطق يقضي بتضحية بهذا المبدا،وافتراض خطأ الدائن حماية للراهن . لان تحميل المرتهن باثبات السبب الاجنبي،يكون أهون من مطالبة الراهن بان يقيم الدليل على صدور خطا من الدائن،وتعتبر هذه المطالبة بمثابة ارهاق له وقد يستحيل الوصول الى حقه باتباع هذه الطريقة .

والخلاصة،فاذا كان المشرع راعى توازن المصالح بين المتعاقدين ففي المادة 955 مدني لم ينص هذا المبدأ فراعي التوازن ايضا في تحميل الاعباء بين الدائن المرتهن والراهن (مدينا كان ام كفيلا) .

---

(1) وهذا امر طبيعي جيدا حتى نخلص الراهن من عبء الاثبات وقد يصعب عليه لو حملناه بذلك .

./.

البند الثاني : كيف يتم الالتزام بحفظ الشيء المرهون وصيانته ؟

تستلزم المحافظة والصيانة مراعاة طبيعة الشيء المرهون ،فاذا كان دينا في ذمة الغير فيجب على الدائن المرتهن استيفاءه عند حلول اجله مع الفوائد المترتبة عنه . ويجب مبادرة قطع التقادم اذا كان هذا الدين مهددا بالتقادم المكسب حتى لا ينقلب الى التزام طبيعي (1) (م978 مدني) .

وان كان الشيء المرهون سيارة مثلا،فلا بد من استبدال الشموع والدهون والزيوت في وقتها اللازم . وان كان حيواناً وجب على الحائز تقديم العلف المناسب له والكافي ،فان كان الشيء ورقة تجارية يجب على الدائن المرتهن تقديمها للقبول ان وجب، والمطالبة بالوفاء بقيمتها عند حلول ميعاد الاستحقاق ،وعند عدم القبول المشروط او الوفاء فيجب عليه اجراء البروتيستو، واعلان كل من الموقعين عليها والساحب في المواعيد القانونية .

وكذلك يمتنع على المرتهن اجراء بعض التصرفات التي ترتب للغير حقوقا على الشيء المرهون ، (كالبيع والهبة والرهن) وحفاظا لحق الراهن على الشيء المرهون يجب على الدائن المرتهن،ان يدفع نفقات الصيانة واجراء الاصلاحات المفيدة والضرورية للشيء (2) . وله ان يسترد هذه النفقات من قبل المستفيد الحقيقي منها،كما سنرى ، وفي العادة يكون المستفيد من هذه النفقات المدين الراهن وقد يكون الراهن ليس بالمدين انما هو كفيلا عينيا .

---

(1) تنص المادة 2/978 مدني بما على ما يلي " ويلتزم الدائن المرتهن بالمحافظة على على الدين المرهون ،فاذا كان له ان يحصل شيئا من هذا الدين دون تدخل الراهن ، وجب عليه ان يحصله في الزمان والمكان المعينين للاستيفاء وان يبادر باخطار الراهن بذلك" .

(2) بهذا المعنى يقول الاستاذان MAZEAUD المرجع السابق - ص91- ف 83 - وكذلك هو ما نصت عليه المادة 2/2080 مدني فرنسي .

ويلاحظ ان في تشريعنا ليس هناك نص خاص يلزم الدائن المرتهن للمنقول بالانفاق عليه كما نص بشان رهن العقار رهنا حيازيا م(968 مدني) ولم نجد هناك نصا يحيلنا اليه .ونحن في نظرنا ان المشرع لم يريد اعفاء الدائن المرتهن للمنقول من هذا الالتزام بدليل انه اشار الى هذه النفقات والمصاريف بصفة عرضية في نص

./.

فان حدث ان اخل الدائن المرتهن بالتزامه او لم ينفذه تماما، كان للمدين ان يطلب التعويض او يطلب من القاضي بأن يضع الشيء تحت الحراسة، وله ان يطلب التعويض والحراسة معا، ذلك حسب جسامة الخطأ (1) وما يمليه نص المادة 958 مدني .

المطلب الثاني : الالتزام بالاستثمار وادارة الشيء المرهون .

ان التعريف الذى اتانا به المشرع بنص المادة 948 مدني لم يشير الى ما يخص الالتزام باستثمار الشيء وادارته .

لكن عندما تعرض الى معالجة التزامات التي تكون على عاتق الدائن المرتهن خصص المادتين 956 و 958 مدني لمعالجة مسألة الانتفاع والاستثمار ونتائجه وكيفية خصم القيمة المالية التي حصل عليها الدائن من الدين وملحقاته واخيرا كيفية ادارته .

وسنتولى شرح ذلك في النقاط التالية :

- البند الاول : استثمار الشيء المرهون :

يقول الفقه (2) بان الرهن الحيازى يعتبر بمثابة وسيلة من وسائل الوفاء التدريجي للالتزام،بحيث يغني الدائن المرتهن من الالتجاء الى اجراء البيع الجبرى . ونتيجة لهذا الاعتبار وضع عبء الالتزام باستثمار الشيء المرهون على عاتق الدائن المرتهن،لكون هذا الاخير،يكون الشيء تحت حيازته،والمشرع اذ يتخذ هذا الموقف فهو يحقق مصلحة الراهن ومصلحة المجتمع والدائن المرتهن معا .

= المادة 3/956 مدني وعليه فيجب تطبيق نص المادة 968 مدني الخاصة برهن الحيازى الوارد على العقار عن رهن المنقول عن طريق القياس لاتحاد العلة (وهي تحقيقا للمحافظة والصيانة للشيء المرهون) .

(1) السنهورى - ج 10 - ص 813 .

(2) شمس الدين الوكيل - ص 517 حاشية رقم 1 .

./.

وتتمثل مصلحة الراهن،في التخلص من الدين الذى عليه عن طريق الاطفاء او المقاصة التدريجية من محاصيل الاستثمار .

اما مصلحة المجتمع فتتمثل،في الحصول على حق الدائن المرتهن دون اثارة اشمئزاز هذا المجتمع عند استعمال الوسائل الجبرية على الافراد المكونين له .

اما مصلحة الدائن المرتهن فتتمثل،في تمكينه من استيفاء دينه دون احراج . وعلى ذلك فالرهن الحيازى ينفرد بهذه الميزة عن الرهن الرسمي،حيث ان هذا الاخير لا يعطي للدائن المرتهن حق الاستثمار الا من تاريخ تسجيل نزع الملكية (م 888 مدني) .

اما في الرهن الحيازى ،فان الدائن المرتهن ملزم باستثمار الشيء المرهون فيما اعد له استثمارا كاملا،ما لم يتفق على خلاف ذلك،ان كان قابلا للاستغلال ، فان كان الشيء سيارة مثلا فله ان يركبها وله ايضا ان يستغلها بواسطة تاجيرها (2) .

هذا ونظرا لكون الرهن لا يجرى عادة الا من طرف المدين،وان هذا الاخير ، قد لا يلجأ الى هذه الوسيلة التامينية الا نتيجة ضعفه اقتصاديا ، حرص المشرع على عكس بعض التشريعات (1) على توفير الحماية اللازمة له من الضغوط المعنوية التي يسلطها عليه الدائن المرتهن ، اذ حرم على هذا الاخير الانتفاع بالشيء المرهون بدون مقابل وان كان هذا الانتفاع صادرا عن رضا الراهن،ولا يجوز الاتفاق على غير ذلك .

---

(1) راجع سوار - المرجع السابق - ص 291 - الذى يقول " يجوز ان ينتفع الدائن المرتهن في القانون السورى بالشيء المرهون بدون مقابل اذا رضي بها المدين لكن بشرط ان يكون الانتفاع دون الاستغلال ،طالما ان هذا الانتفاع لم يتجاوز الحد المسموح به في الفوائد " .

(2) ما سياتي - ص 87 .

./.

ونحن في نظرنا ان هذا التحريم ينسجم مع تشريعنا الذى يحرم الفوائد بين الافراد بكل اشكالها . هذا فان كان الالتزام باستثمار الشيء المرهون يقع على عاتق الدائن المرتهن فان المشرع لم يبين لنا صفته للقيام بهذا الواجب . اما الفقه والقضاء فقد اختلفا في صفة المرتهن عند قيامه باستثمار الشيء المرهون اذ ذهب القضاء المصرى (1) وبعض الفقهاء (2) الى القول بان الدائن المرتهن يستثمر الشيء المرهون باعتباره وكيلا .

غير ان هذا الراى يعاب عليه على اساس ان الوكالة يجب ان تظهر فيها نية التوكيل عند ابرام عقد الرهن ، وهذه النية لم تدور في ذهن الدائن عند التعاقد اطلاقا . ويقول بعض الفقهاء المعارضين لهذه الفكرة ان القول بفكرة الوكالة تؤدى بنا الى حالة شاذة وهي حالة التي يؤجر العقار المرهون حيازيا للراهن (4) ، فيتكون في هذه الحالة مؤجر ومستاجر في نفس الوقت وهو لا يضاغ .(غير ان هذه الحجة ان صحت في رهن العقار فانها لا تصح في رهن المنقول كما سنرى). لذلك ذهب الفريق الثاني (3) من الفقهاء الى القول بان الدائن المرتهن يستثمر العين المرهونة باعتباره نائبا قانونيا،غير ان هذا الراى يعاب عليه ايضا على اساس ان النيابة القانونية كالوكالة الاتفاقية وبالتالي فينسب له نفس الاعتراض الذى قدم لفكرة الوكالة .

---

(1) نقض مدني مصرى بتاريخ 1950/11/23 قضى :"بان الدائن المرتهن رهن حيازى يعتبر انه وكيل عن المدين الراهن في استغلال وادارة العين المرهونة وقبض ريعها وان عليه بهذا الوصف ان يقدم الى الراهن حسابا مفصلا عن ذلك ودين الموكل قبل وكيله لا يبدا تقادمه الا من تاريخ انتهاء الوكالة وتصفية الحساب بينهما" مجموعة الخامسة والعشرين عاما - 1 - ص 393 رقم 10 اشار الى هذا الحكم الاساتذة : السنهوري-ج 10 - ص 813 - شمس الدين الوكيل - ص 516 - حاشية رقم 1 - علي سليمان - ص 575 .

(2) تناغو - المرجع السابق - ص 378 - شفيق شحاته - المرجع السابق - نبذة 159 .

(3) سليمان مرقس - المرجع السابق - نبذة 292 .

(4) تنص المادة 967 مدني على انه" يجوز للدائن المرتهن ان يؤجر العقار الى الراهن دون ان يمنع ذلك من نفاذ الرهن في حق الغير . . . . ".

./.

وذهب الفريق الثالث من الفقهاء، وهم الاغلبية،الى القول بان الدائن المرتهن يباشر سلطاته في استثمار العين المرهونة باعتباره اصيلا عن نفسه وليس نائبا عن الراهن (1) .

اما موقفنا من هذه المذاهب، فنرى انه يجب التمييز بين ما اذا كان الشيء المرهون عقارا ام منقولا .

فاذا كان الشيء المرهون عقارا . فتعتبر سلطات الدائن المرتهن في استثماره اصيلة عن نفسه وليس نائبا عن غيره (اى نائبا عن الراهن) لان القول بغير هذا يؤدى بنا الى الوضع الشاذ الذى يؤجر فيه الدائن المرتهن العين المرهونة للراهن طبقا لنص المادة 967 مدني، وبالتالي يصبح (بهذا الوضع) الراهن مؤجرا ومستاجرا في وقت واحد . اما اذا كان الشيء المرهون منقولا فاننا لا نتفق مع الراى الذى يقول بان الدائن المرتهن يستثمر الشيء باعتباره اصيلا . ذلك ان كان هناك ما يبرر اعتبار الدائن في استثمار العقار اصالة عن نفسه، لان النيابة تفترض تعاقد - أ - باعتباره وكيلا او نائبا عن - ج - مع - ب - ويعود التصرف مباشرة على - ج - ويكون طرفا العقد (ج) مع (ب) ويصبح (أ) من الغير الا ما استثنته المادة 73 مدني فيما يتعلق بعيوب الارادة او فيما يخص بالعلم ببعض الظروف الخاصة .

فان سلمنا بالقول الذى يرى بان الدائن المرتهن يباشر سلطاته في الاستثمار باعتباره نائب عن الراهن (2) . فنكون في مثالنا السابق امام وضعية شاذة هي : ان - أ - (يمثل ج) قد تعاقد مع - ج - لحساب - ج - والنتيجة تكون ان اطراف العقد هم - ج - مع (نفس) - ج - وهذا غير معقول لذلك لا نرى هناك مبرر للاخذ بهذا

---

(1) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 516 - عبد الفتاح عبد الباقي - ص 614 وما بعدها - السنهوري - ج 10 وما بعدها - علي سليمان - المرجع السابق ص576 .

(2) استاذنا علي علي سليمان - المرجع السابق - ص 576 .

./.

التكييف عند ما يتعلق الامر برهن المنقول ، وهو موضوع بحثنا ، ذلك لاسباب آتية :

- ان عدم قبول فكرة الوكالة او النيابة كانت نتيجة امكانية رجوع العين المرهونة الى الراهن ان كانت عقارا عن طريق الايجار طبقا لنص المادة 967 مدني . اذن فرجوع حيازة العقار الى الراهن عن طريق الايجار، دون انقضاء الرهن، ما هو في الواقع الا استثناء ادخله المشرع على نص المادة 952 مدني التي تقيم قرينة بسيطة على انقضاء حق الدائن في الرهن بمجرد توافر واقعة الرجوع، وبعبارة اخرى فبينما جعل المشرع من واقعة الايجار ذاتها سببا كافيا لاثبات بان للرجوع هدف اخر غير الانقضاء . فان رجوع المنقول المرهون الى الراهن بسبب الايجار لا يكفي لاستمرار الرهن كما سنرى ، بالاضافة الى هذا فان الغرض من الرهن يتحقق عند ما يتمكن الدائن المرتهن من الاحتجاج به ضد الغير . ولا يتاتى له ذلك الا بوضع العين المرهونة بيديه او لدى عدل متفق عليه (م 969 مدني) .

فجاء المشرع باستثناء فيما يخص العقار حيث جعل الرهن نافذا في حق الغير بالرغم من رجوع الشيء المرهون بسبب ايجاره للراهن .

فان خص المشرع الرهن الحيازى الوارد على العقار بهذه المميزات التي دفعت البعض من الفقهاء الى الاتجاه الى حيلة قانونية يبررون بها هذه الاستثناءات الواردة على القاعدة العامة . فاننا لا نرى مبررا لاستبعاد فكرة النيابة القانونية لصفة الدائن المرتهن في استثمار العين المرهونة عند ما يتعلق الامر باستثمار المنقول المرهون . اذ بزوال العلة يزول معها المعلول .

اذن نخلص الى القول بان الدائن المرتهن يستثمر المنقول المرهون لحساب الراهن باعتباره نائبا قانونيا عنه ولكنه يحتفظ بالثمار خصما للدين الذى على المدين كما سنرى فيما يأتي :

./.

البند 2 : خصم المصاريف والدين من انتاج الاستثمار .

القاعدة العامة تقضي بأن المقاصة لا تجوز الا في مجال النقود، او كان الشيء مثليا متحد النوع والجودة، وكان الدينان محققين، ومستحقين، فان تخلف شرط من هذه الشروط فلا يمكن للمدين ان يجرى المقاصة بين ما هو مستحق عليه لدائنه وما هو مستحق له تجاهه (م297 مدني) .

وخروجا عن هذه القاعدة (العامة) ، فان للدائن المرتهن (الذى هو في نفس الوقت مدين بثمار الناتجة من الشيء المرهون قبل الراهن) اقتطاع المصاريف واصل الدين من الغلة التي حصلها من الثمار بواسطة اجراء المقاصة (م 956 مدني) .

ويقصد بالغلة التي تكون محلا لاستنزال منها المصاريف، والدين ، الغلة الصافية بعد اقتطاع منها تكاليف تحصيلها .

ايضا يدخل في مفهوم الغلة، مقدار استفادة الدائن المرتهن من استعمال الشيء ، ويستعان في تقييم هذه الاستفادة بخبير مختص عند الاقتضاء ، ونتيجة هذا التقييم تضاف الى قيمة الغلة ، ذلك لان في تشريعنا لا يسمح للدائن المرتهن بان ينتفع بالشيء المرهون بدون مقابل ولو برضا الراهن (م956 مدني) (حماية للمدين من الضغوط المعنوية وتحريما للفوائد المستترة) (1) .

وتجرى عملية الخصم بحسب الترتيب الذى نص عليه القانون (م 956 مدني) وبما ان نص القانون لم يوضح هذه المصاريف فنستعين بما اتفق عليه الفقه في الموضوع (2) على ان الاسبقية تكون :

---

(1) ما سبق ص 79 .

(2) السنهوري -ج 10 - ص 818 فقرة 566 .

./.

1 - لمصاريف الصيانة والمحافظة على الشيء، لان لولا هذه المصاريف للحق بالشيء الهلاك او التلف، ويدخل في مفهوم هذه المصاريف تلك التي انفقت في اصلاح الشيء (1) .

2 - المصاريف الضرورية التي استلزمها الشيء او ادارته او الحصول على الحقوق اللاحقة به وكذلك التي انفقت في نقل حيازة الشيء او تحصيل قيمة الكمبيالة او تحرير البروتيستو لعدم القبول او لعدم الدفع حتى لا تفقد الورقة الضمانات العالقة بها، وتعتبر الضرائب من المصاريف الضرورية (2) .

اما المصاريف النافعة فليس للدائن المرتهن عليها حق الامتياز انما يمكن ان يستردها بمقتضى حقه في حبس الشيء المقرر له في المادة 200 مدني(3) .

---

(1) غير ان القضاء الفرنسي يتشدد في تحديد مصاريف المحافظة ويعرفها على انها تلك التي انفقت من اجل منع الشيء من الهلاك الكلي او الجزئي، بان يصبح غير صالح للاستعمال فيما اعد له . ولذلك نقض الحكم الصادر عن محكمة استئناف Rennes بتاريخ 28/3/1979 برفض الامتياز للمصاريف التي انفقت على مواد قابلة للهلاك في مخازن التبريد بحجة ان هذه المصاريف قد اقتضتها العناية العادية للشيء ولكي تكون هذه المصاريف ممتازة فلا بد من توافر فيها احد العنصرين :

1 - ان يكون الهلاك وشيك الوقوع .

2 - او ان يكون ظرف استعجالي .

- Cass.com.5.01.1981.J.C.P.E.G. Bull.Cass.IV.P.99 (Privileges et Hypothèques)
- MARTY et RAYNAUD. Tom.II.1è Vol, les suretés.P.55.n°89.

(2) محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ص 220 فقرة 303 . محمد كمال مرسي - فقرة 312 ص 419 اشار اليه السنهوري - ج10 - ص 828 . وراجع ص 9 فيما يتعلق بمصاريف عقد الرهن وعقد الدين المضمون بالرهن ومصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن .

(3) تنص المادة 200 مدني على ما يلي " لكل من التزم باداء شيء ان يمتنع عن الوفاء به . . . ويكون ذلك بوجه خاص لحائز الشيء او محرزه، اذا هو انفق عليه مصروفات ضرورية او نافعة . فان له ان يمتنع عن رد هذا الشيء حتى يستوفي ما هو مستحق له، الا ان يكون الالتزام بالرد ناشئا عن عمل غير مشروع " .

./.

ويلاحظ ان حق الحبس الذى تقرر للدائن المرتهن بمقتضى المادة السابقة يختلف عن الحق في الحبس الناشئ عن عقد الرهن، هذا الحق الاخير يستعمله الدائن المرتهن اتجاه الراهن ليستوفي بمقتضاه من الشيء المحبوس اقل القيمتين ما صرف فعلا وما زاد من قيمة الشيء المرهون، بسبب ما صرف، فان كان ما صرف فعلا اقل من القيمة التي زادت في الشيء فانه لا يسترد الا ما صرف فعلا، اما اذا كانت المصاريف الفعلية اكثر مما زاد في قيمة الشيء فلا يسترد الا مقدار ما زاد في الشيء (1) .

اما المصاريف الكمالية، فالفقه يرى بان ليس للدائن ان يسترد شيئا منها لكن يجوز للدائن المرتهن ان ينتزعها من المنقول، بشرط ان يرد المنقول في الحالة التي كان عليها آن التسليم . هذا ومن الناحية العملية قد يصعب التمييز بين ما هو ضرورى للشيء وما هو مجرد نافع له وما هو كمالي، ولذلك فان استحال التمييز بين هذه الحالات فالقاضي له سلطة تقديرية بان يقدر ما هو ضرورى وما هو نافع للشيء وما هو مجرد كمالي . وذلك وفقا لطبيعة الشيء والمحيط المستعمل فيه، وغني عن البيان ان ما هو ضرورى في بعض البلدان قد يكون كمالي في البلدان الاخرى .

واخيرا تستنزل التعويضات (2) عند ما تثبت قضائيا، وقد تستحق هذه التعويضات عند ما يحدث الشيء ضررا للدائن المرتهن دون صدور خطا منه كان يتلقى حيوانا مصابا بعاهة معدية فانتشر هذا المرض الى غيره من الحيوانات او الاشخاص .

هذا وبعد اجراء عملية الخصم على النحو الذى قدمناه فان تبقى شيء من غلة الثمار فتخصم قيمتها من اصل الدين وان كان هذا الدين لم يحل اجله، وخروجا عن القواعد العامة في المقاصة كما سبق شرحه . ويلاحظ ان الذين الذى لم يحدد اجله لا يمكن استيفاؤه الا بطريقتين :

---

(1) السنهورى - المرجع السابق - ج 10 - ص 827 - ف 528 - تناغو - ص 381 - شمس الدين الوكيل - ص 529 .

(2) تناغو - ص 390 .

./.

- اما ان يستوفي عن طريق استنزاله من قيمة الثمار دون اخلال بحق المدين في الوفاء بالدين متى شاء (م 957 مدني) .

- واما ان يطلب الدائن المرتهن من القاضي بان يحدد له ميعاد حلول اجل الدين لكي يتمكن بعد ذلك من التنفيذ على الشيء المرهون عند حلول هذا الاجل .

وخلاصة القول ان الدائن المرتهن ملزم باستثمار الشيء المرهون لحساب الراهن ،لكن له ان يحتفظ بهذه الثمار لاجراء عملية خصم مصاريف المحافظة والصيانة والاصلاح ثم مصاريف الضرورية فان تبقى شيء منها تخصم قيمتها من اصل الدين (1) .

وبما ان استثماره كان بصفته نائبا قانونيا كما ذكرنا (2) فيجب عليه تقديم حساب مفصل عن تنفيذ نيابته لصالح الراهن .

- البند 3 : ادارة الشيء المرهون :

سبق ان قلنا ان الالتزام باستثمار الشيء المرهون يقع على عاتق الدائن المرتهن وبالتالي عليه ان يقوم بهذا الالتزام بنفسه او بواسطة الغير تحت اشرافه (كالتاجير مثلا) .

---

(1) غير انه يلاحظ بانه ليس للمرتهن ان يخصم الدين المضمون بالرهن بالدين المرهون الذى قد يستحق قبل الدين المضمون بالرهن،ذلك لان نص المادة 980 مدني تمنع المدين بالدين المرهون من ان يفي للمرتهن وحده بل يجب عليه ان يفي للمرتهن والراهن معا (بمعنى انه ليس له ان يخصم الدين المضمون من اصل الدين المرهون قبل استحقاق الدين المضمون ذاته لان ذلك يعتبر بمثابة تنفيذ على الرهن قبل استحقاق الدين المضمون،وهذا لا يجوز)
J. DERRUPE. ENCYCLOPEDIE. DALLOZ.T.IV. Nantissement n° 12
وراجع نص المادة 980 مدني جزائري .

(2) راجع ما سبق ص 82 وما بعدها في هذا البحث .

./.

والالتزام بالاستثمار يقتضي القيام بادارة الشيء ادارة حسنة اذ عليه ان يستغل الشيء لما اعد اليه (1) فان كان الشيء مثلا حصانا اعد للسباق فيمتنع على الدائن المرتهن ان يستعمله لحمل الاثقال او البضائع، وان كان المرهون سيارة اعدت لركوب الاشخاص فلا يحق له ان يستعملها لنقل الحيوانات او الاشياء، اذ لا يجوز له ان يغير من طريقة استعمال الشيء او استغلاله في غير ما اعد له اصلا الا برضاء الراهن .

ونميل الى الرأي القائل بان الالتزام بالادارة ناتج عن انتقال حيازة الشيء من الراهن الى المرتهن او من يمثله . ذلك انه لا يعقل حرمان المدين الراهن طوال مدة الرهن من الاستفادة بالشيء او من ثماره على الاقل .

وتقتضي ادارة الشيء بان يقوم المرتهن بكل ما هو مستلزم له او يبادر باخطار الراهن عن كل امر يقتضي تدخله كحمل الحيوان المرهون مثلا الى البيطرى او استبدال الاشياء المثلية القديمة بالجديدة تجنبا من الهلاك والاتلاف وغير ذلك (2) .

هذا وتتحدد مسؤولية الدائن المرتهن عن سوء استعمال حقه في ادارة الشيء بما تقرر في القواعد العامة لقيام المسؤولية، وعلى الراهن اثبات عناصرها . فان ثبتت فيكون الخيار بين امرين :

- فاما ان يطلب من القاضي بان يضع الشيء تحت عهدة حارس ويكون بمثابة عدل (م 958 مدني) واما ان يطلب فسخ العقد لعدم تنفيذ المرتهن الالتزام الذى على عاتقه (م 119 مدني) .

---

(1) ما سبق ص 80 .

(2) ما سبق ص 78 .

./.

المطلب الثالث : التزام المرتهن بالرد والوسيلة المتاحة للراهن في الاسترداد.

البند الاول : التزام المرتهن بالرد .

ان الطبيعة القانونية لحيازة الدائن للمرتهن للشيء المرهون هي حيازة عرضية بالنسبة لحق الملكية، اذ تنتهي هذه الحالة بانتهاء الغرض الذى انشيء الرهن من اجله (1) ، ولذلك كان الحق العيني الذى يتولد عن عقد الرهن هو حقا تبعيا للحق الشخصي الذى ثبت للدائن المرتهن في ذمة المدين، فيبقى بالتالي هذا الرهن ببقاء الدين وينتهي به .

وبما ان الدائن لا يحوز الا عرضيا فيكون التزامه بالرد التزاما تعاقديا (2) موقوفا على شرط الوفاء بالدين الذى له على ذمة المدين . وتبرأ ذمة هذا الاخير طبقا لما تقرر في القواعد العامة، اما بالوفاء الكلي (م 959 مدني (3))او بانقضاء الالتزام بما يعادل الوفاء (م 285 الى 304 مدني) او بانقضاء الالتزام دون الوفاء به مواد (305 الى 322 مدني) .

وقد ينقضي الرهن دون انقضاء الالتزام المضمون كالتنازل عن الرهن (مواد 952 و 965 مدني)، او في الاحوال التي يبطل فيها عقد الرهن لعدم توافر احد اركانه او شرط من شروط صحته كما سبق ان ذكرنا . ونحن لا نريد الكلام في هذه المواضيع في الحال اذ سنرجؤها الى ما سياتي (4) ، ان ما نريده هو ان الالتزام بالرد يقع على عاتق الدائن المرتهن بمجرد ابراء ذمة الراهن لاى سبب من الاسباب التي

---

(1) راجع ما سياتي في هذا البحث - ص 94 وما بعدها .

(2) ويلاحظ انه ان كان الشيء المرهون هو سند اذني ولم يكن مستحقا بعد فان عملية الرد تكون اما بتظهير، باسم مالكه، واما بشطب مباشرة التظهير التأميني الذى حرر لصالح المرتهن من طرف المالك .

(3) تنص المادة 959 مدني على ما يلي " يجب على الدائن ان يرد الشيء المرهون الى الراهن بعد استيفاء كامل حقه وما يتصل بالحق من ملحقات ومصاريف وتعويضات" .

(4) راجع ما سياتي - صفحة 150 وما بعدها .

./.

اشرنا اليها . ويكون محل التزامه هو رد الشيء وملحقاته وقت الرهن او التي الحقت به بعده (1) .

اما نفقات الرد فالاصل تكون على الراهن،ما لم يتفق على غير ذلك ،كأن يكون الاتفاق على تحمل نفقات الرد مناصفة او على المدين" اذا كان الراهن كفيلا عينيا" متى رضي بهذا الاتفاق المدين (2) .

هذا وينبغي ان نشير بان هناك حالتان ترد على مبدأ التزام الدائن بالرد بمجرد"ابراء ذمة الراهن (وليس قبله او بعده) تعتبر هاتين الحالتين استثناء عن القواعد العامة في الرد كما سنرى فيما ياتي :

- الاستثناءات التي ترد على الالتزام بالرد -

هناك عدة استثناءات ترد على الالتزام بالرد فبعضها تعجل فيه وبعضها تمدده .

1 - التعجيل بالرد :

قد يكون الدائن المرتهن ملزما باخراج الشيء من حيازته عندما يصدر منه سلوكا ينتج من اثره اساءة الاستعمال او الادارة للشيء ،او كان قد ارتكب اهمالا جسيما في المحافظة او الصيانة . فيحق للراهن ان يطلب من القاضي ان ينتزع منه الشيء ويعين له حارس او يسترده قبل اوانه بدفع ما عليه من الدين فورا اعمالا بالمادة 958 مدني (3) .

---

(1) راجع على سليمان - ص 580 .

الا ان الاستاذ السنهوري في صفحة 832 حاشية رقم 2 يشير الى راي الاستاذان بودري ودى لون فقرة 140 اللذان يريان بان" الدائن المرتهن لا يلتزم الا برد مع الشيء المرهون ما زاد فيه زيادة طبيعية"

(2) المشروع التمهيدى للقانون المصرى يقول" ونفقات الرد على الراهن الا اذا قضى الاتفاق بغير ذلك . وقد جعلت على الراهن مع انه هو الدائن بالرد ،لا المدين به تغليبا للمبدا الذى يجعل الراهن هو الذى يتحمل نفقات الرهن جميعا" اشار الى هذا المشروع السنهورى - ج 10 - ص 834 .

(3) ما سبق في البحث - ص 79

./.

وهناك حالة اخرى اقرتها بعض التشريعات (1) تعطي للراهن حق استرداد الشيء المرهون قبل اوانه، عندما يكون الشيء المرهون مهددا بالهلاك او التلف او نقص القيمة، بشرط ان يقدم الراهن تامينا اخر يراه القاضي كافيا .

وفي تشريعنا لم نجد نصا خاصا يبيح هذا النوع من الاسترداد ذلك تقديرا من المشرع بان ما تقرر في القواعد العامة يكفي بان يسد الثغرة في هذا المجال ..

حيث ان نص المادة 971 مدني تشير الى هذا الحق بقولها" اذا كان الشيء مهددا بالهلاك او التلف او نقص القيمة ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء اخر يقدم له . . . . . " .

وكذلك يستفاد هذا الحكم من القواعد العامة، وبالخصوص الفقرة الثالثة من المادة 210 مدني التي تنص" . . . . اما اذا كان انقاص التامين يرجع الى سبب لا دخل للمدين فيه فان الاجل يسقط مالم يقدم المدين للدائن ضمانا كافيا" (2)، ففي كلا الحالتين يكون حق الخيار للمدين، فان اختار طلب الاسترداد في الحالة الاولى والوفاء العاجل في الحالة الثانية فان الدائن المرتهن قد يلزم من القاضي التعجيل بالرد دون انتظار الميعاد المتفق عليه في العقد .

---

(1) القانون المدني السوري - المادة 1040 .

(2) يلاحظ ان هذه الفقرة تتكلم عن حالة ما اذا وقع الهلاك او التلف فعلا لكن نحن نرى انه يمكن تطبيقه على حالة ما اذا كان الشيء مهددا فقط بالهلاك او التلف او نقص القيمة ذلك انفع للراهن والمرتهن معا . بشرط ان يكون التهديد محققا والضرر وشيك الوقوع وليس مجرد احتمال .

. / .

2 - الاحوال التي يتراخى فيها الالتزام بالرد :

سبق ان راينا من انه ليس بامكان الدائن ان يخصم المصاريف النافعة من ثمار المنقول (1) اذ ان المادة 963 مدني قد حصرت حقوق الدائن في الخصم في المصاريف الضرورية (2) التي انفقت للمحافظة على الشيء، وفي التعويضات الناشئة عن الاضرار وعيوب الشيء،(3) ومصاريف العقد الذى انشئ بمقتضاه الدين، وعقد الرهن، والمصاريف التي اقتضاها تنفيذ الرهن .

- اما المصاريف النافعة فلا سبيل للدائن في استرجاعها الا باستعمال حقه في الحبس طبقا لما تقرر في القواعد العامة (م 200 مدني) وقلنا ان هذا الحق قد تقرر للدائن بمقتضى القواعد التي تكفل حقوق كل الدائنين لا بمقتضى عقد الرهن ذاته .

اما المصاريف الكمالية فقد سبق ان اشرنا ... انه الدائن لا يحق له ان يستعيدها دون رضاء المدين، لكن يمكن له ان ينتزع هذا الشيء الكمالي، ان كان ممكنا بشرط الا يؤدى هذا الانتزاع الى الاضرار بالشيء الاصلي (1) .

اذن فاستعمال حق الحبس يعتبر بمثابة استثناء على قاعدة التزام الدائن بالرد .

وقد يحدث ان يكون للدائن دينا ثانيا في ذمة المدين، بعد انشاء الرهن ضمانا للدين الاول ويكون الدين الثاني مستحق الاداء قبل الوفاء بالدين الاول .

---

(1) راجع ما سبق ص 84وما بعدها .
(2) ما سبق ص 85
(3) ما سبق ص 86

./.

فاذا وفى المدين بالدين الثاني قبل حلول الدين المرهون فلن تثار المسألة، اما اذا تراخى المدين بالوفاء بالدين الثاني حتى حل اجل الدين الاول فاوفى به لكي يتجنب التنفيذ على الشيء المرهون، هنا تطرح المشكلة، فيما اذا كان للدائن الحق في الاحتفاظ بالشيء المرهون بناء على حقه في الحبس المقرر له في القواعد العامة، او بناء على فكرة الرهن الضمني ؟

فترى بعض التشريعات ويدعمها بعض الفقهاء بجواز للدائن المرتهن حبس الشيء المرهون والامتناع عن الرد الى ان يستوف مبلغ الدينين معا (1) .

اما التشريع الجزائرى كالتشريع المصرى فانه يقضي بعدم جواز امتداد حق الحابس الى ديون غير الديون المضمونة بالرهن . ويدعم ذلك بعض الفقهاء بقولهم انه ليس للدائن الحق في حبس الشيء المرهون ضمانا لدين اخر عقده المدين بعد عقد الرهن (2) .

ونحن نؤيد هذا الراى الاخير وسنعلل موقفنا هذا عند الكلام على نطاق حق الحبس(3) تجنبا للتكرار .

هذا وينبغي ان نشير هنا الى ان حق الحبس المقرر في القواعد العامة لا يعطي لصاحبه حق الامتياز في استيفاء حقه بالافضلية ذلك ما سنراه في حينه(4).

---

(1) محمد وحيد سوار - المرجع السابق - ص 228 بند 313 .
وراجع نص المادة 2/1042 سورى ونص المادة 2/2082 مدني فرنسي .

(2) محمد كمال مرسى - التامينات الشخصية والعينية - ط 2 - ص 421 بند 313
اشار اليه السنهورى - ج 10 - ص 832 - حاشية رقم 4 .

(3) راجع ما سياتي - ص 100 حاشية رقم 2 وص103 وما بعدها .

(4) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 528 .
وراجع [illegible] صفحة 101 [illegible] .

./.

البند الثاني : كيف يسترد الراهن الشيء المرهون .

بعد ما راينا في المطلب السابق ان للدائن المرتهن وسائل قانونية لكي يسترد الدين وملحقاته ، فبعضها تستند الى نصوص خاصة كما في الدين وملحقاته والبعض الاخر من هذه الوسائل تستند الى القواعد العامة كما في استعمال حق الحبس لكي يسترد المصاريف النافعة (1) .

بقي لنا ان نعرف ما هي الوسائل القانونية المتاحة للراهن حتى يسترد العين من يد المرتهن بعد الوفاء بالالتزام الذي عليه .

الاصل ان الالتزام بالرد يقع على الدائن المرتهن بمجرد الوفاء بالدين ومع ذلك قد يتقاعس الدائن في تنفيذ هذا الالتزام ، وفي هذه الحالة يكون للراهن دعويان احداهما شخصية تستمد من عقد الرهن ذاته بحيث يجوز ان يرفعها الراهن وان كان غير مالك ، الا ان هذه الدعوى تسقط بفوات الميعاد وهو 15 سنة .

وله بجانب الدعوى الشخصية ، الدعوى العينية ، ان كان الراهن مالكا لان حيازة الدائن المرتهن ما هي الا حيازة عرضية بالنسبة لحق الملكية ، ويرى الفقه الراجح (2) من ان هذه الدعوى لا تسقط بالتقادم مهما طال الزمن (مع مراعاة قاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز حسن النية) .

اذن فحيازة الدائن ما هي الا حيازة عرضية مهما طال الزمن ، وبهذا الصدد يقول الاستاذ شمس الدين الوكيل (3) " وهي بهذه المثابة غير مؤدية

---

(1) ما سبق ص 84 وما بعدها بالخصوص - ص 85 و 86 .
(2) سمير تناغو - المرجع السابق - ص 382 الذي يشير الى ان المسالة كانت محل خلاف في الفقه الفرنسي ، وراجع ايضا على سليمان - ص 582 .
(3) المرجع السابق - ص 528 - مازو - ص 83 - بند 74 وما سياتي من البحث - ص 143 .

./.

لاكتساب الملكية بل ولا يكفي لواضع اليد ان ينفرد بتغيير سند حيازته، بمجرد انصراف نيته الى ذلك، وانما يجب للاعتداد بهذا التغيير، وبالتالي اعتباره سندا صالحا لاكتساب الملكية، القيام بعمل ايجابي يتضمن معنى المنازعة في حق المالك، من ذلك مثلا ان يتخذ الدائن اجراءات قضائية او يباشر اعمالا بقصد الاستئثار بالملكية".

هذا فان تقاعس الدائن بتنفيذ التزامه بالرد، لا يكون دائما اراديا بل قد يكون نتيجة سبب موضوعي، كاستحالة رد الشيء المرهون لهلاكه او تلفه ومن هنا ينبغي البحث على من تقع عليه تبعة الهلاك. الامر الذى اقتضى منا التمييز بين ظروف مختلفة للهلاك او التلف كما سياتي .

- فاذا وقع الهلاك او التلف بسبب اجنبي عن خطا الدائن، ينبغي على هذا الاخير اثبات هذا السبب لكي تنتفي عنه المسؤولية ويتحمل بالتالي الراهن هذه التبعية (1)، وان نجح الدائن المرتهن في اثبات السبب الاجنبي الذى اوقع الهلاك او التلف للشيء.

- غير ان الدائن قد يكون مسؤولا عن هلاك الشيء او تلفه على الرغم من وقوعه بالسبب الاجنبي، ذلك متى كان الدائن قد اعذر من طرف الراهن، ومع ذلك قد تراخى عن تنفيذ التزامه بالرد دون سبب مشروع حتى حصل الهلاك للشيء، ففي هذه الحالة لا يكفي من الدائن اثبات السبب الاجنبي بل يجب عليه اثبات ان الهلاك لواقع لا محالة، وان نفذ الالتزام في وقته المناسب (2) .

- وقد يتصور ان الدائن قد استحال عليه الرد نتيجة تصرفه في الشيء المرهون، ففي هذه الحالة يكون الدائن المرتهن خائن للامانة ويعاقب بعقوبة هذه الجريمة (3) .

---

(1) راجع ما سبق فيما قلناه في الموضوع ص 75 وما بعدها .

(2) - VIVANT, traité.D.C.P.364 " si la chose à été atteinte aprés que le créancier est tombé en demeure ou en a abusé, alors il ne suffit plus de prouver la perte fortuite, il devra prouver également que la chose aurait péri sans sa faute".

(3) د. علي سليمان - المرجع السابق - ص 581 .

./.

واخيرا نريد ان نضيف انه كما يكون الشيء المرهون بين وضعيتين : فاما ان ينفذ عليه ،عند عدم الوفاء بالدين ، واما ان يرد عينا في الحالة التي كان عليها آن التسليم الى الراهن بعد استيفاء الدين .

- يكون الشيء المرهون ايضا عند الهلاك او التلف بين وضعيتين : فاما ان يكون غير موءمن عليه فتقع تبعة الهلاك اصلا على الدائن الا اذا نقلها الى الراهن باثبات وقوع الهلاك بالسبب الاجنبي او اثبت بان الهلاك او التلف واقع لا محالة سواء اكان الشيء تحت يده ام تحت يد الراهن .

واما ان يكون الشيء المرهون موءمنا عليه ففي هذه الحالة ينتقل حق الدائن المرتهن الى القيمة التعويضية بناء على نص المادة 642 مدني واعمالا لفكرة الحلول العيني .

وخلاصة القول ، ان عقد الرهن كغيره من العقود الاخرى ينشأ ، بتوافر شروط في الطرافة (1) وفي المال المرهون (2) والالتزام المضمون (3) ، ويحيي ،فينتج اثارا بين المتعاقدين (4) وعلى الغير، ذلك ما سنراه في الموضوع الاتي :

---

(1) ما سبق في البحث ص 16 وما بعدها .
(2) ما سبق في البحث ص 31 وما بعدها .
(3) ما سبق في البحث ص 55 وما بعدها .
(4) ما سبق في البحث ص 63 وما بعدها .

./.

الفصــل الثانــي

اثار عقد الرهـن تجـاه الغيـر (1)

بعـد ان درسنـا في الفصل السـابق اثار عقد الرهـن بيـن المتعـاقديـن يجـدر بنـا ان نـدرس في هـذا الفصل اثار عقد الرهـن تجـاه الغيـر ، ولتحقيـق ذلـك توخينـا ان نتناولهـا في العناصر التاليـة :

- المبحث الاول : السلطات التي يخولها حق الرهن .
- المبحث الثاني : شروط نفاذ الرهن في حق الغيـر .

المبحث الاول : السلطات التي يخولها عقد الرهن .

ان عقد الرهن ينتج اثارا خلال مناسبتين مختلفتين ، فالمناسبة الاولى تتمثل فـي تكويـن عقد الرهـن وتسليم الحيـازة الى المرتهـن او العـدل فينشأ بهـذا التسلـيم حق عيني تبعي للمرتهن ، يكون قابلا للحيازة (2) ومنه يكون له حق الحبس وحق الافضلية والتتبع وهـذه الاثار التي تترتب خلال فترة وجـود الرهـن لا تختلف باختلاف الطبيعة القانونيـة للرهـن اذ لا يهم ان يكون الرهن مدنيا ام تجاريا (3) .

اما المناسبة الثانية فتتمثل عند نهاية الرابطة القانونية التي انشأها عقد الرهـن بين الرهن والمرتهن والتي تكون اما بالوفاء بالالتزام المضمون بالرهن والوفاء بالالتـزام بـرد الشيء الى مالكه .

---

(1) ويقصد بالغير هنا " كل من اكتسب حقا عينيا اصليا على المنقول كالمشتري ، او تبعيا كالدائن المرتهن ، وكل من له حقا شخصيا على الراهن كالدائن العادى " شمـس الدين الوكيل - ص 479 والسنهورى - ج 10 - ص 841 .

(2) يلاحظ ان الحق العيني كما ينشوء بمقتضى عقد الرهن وتسليم الحيازة الى المرتهن يمكن ان يتقرر ايضا للمرتهن بمجرد واقعة الحيازة دون وجود عقد رهن صحيح متى كان الحائز حسن النية (في المنقولات المادية) ويحتج بالتالي بالحق العيني هذا تجاه المالك الحقيقي للمنقول .
MAZEAUD.P.81.
MARTY et RAYNAUD.P.52.

(3) J.HEMARD. traité théorique et pratique de droit commercial (le contrats commerciaux- ventes et gage)Paris 1953 حيث يقول page 259 n° 496.
" sous reserve des règles de réalisation, les effets de gage sont les mêmes en droit commerçial qu'en droit civil".

./.

واما ان تكون نهاية هذه الرابطة بعدم الوفاء بالدين المضمون عند حلول اجله فيكون بالتالي المرتهن في الخيار بين امرين :

- اما ان ينفذ على المرهون بالبيع بالمزاد العلني كقاعدة عامة .
- واما ان يطلب من المحكمة الأمر بتمليك له الشيء المرهون (1) .

ونحن نحاول شرح الحالة الاولى التي تتمثل في حق الحبس وحق الافضلية والتتبع اما الحالة الثانية التي تتمثل في الوفاء بالدين والتزام المرتهن بالرد فقد سبق ان شرحناها (2) ونرجوء الجزء الثاني من هذه الحالة الذى يتمثل في التنفيذ على المرهون بالبيع او طلب تمليكه عند عدم الوفاء بالدين المضمون بالرهن عند حلول اجله الى حين التعرض الى الاحكام الخاصة برهن المنقول (3) .

المطلب الاول : حق الحبس.

البند الاول : خصائص حق الحبس الناتج عن عقد الرهن .

ان حق الحبس قد تقرر للدائن المرتهن بنص القانون (م948 مدني) (4) ويتميز هذا الحق بالخصائص الاتية :

---

(1) ان كان الشيء المرهون مبلغ من النقود او دين في ذمة الغير فليس بحاجة الى هذا الاجراء كما سترى في ص283 من هذا البحث .

(2) ما سبق في البحث ص 89 وما بعدها .

(3) ما سياتي - ص254 وما بعدها .

(4) تنص المادة 948 مدني على ما يلي " الرهن الحيازى عقد يلتزم به شخص. . . . . .ان يسلم الى . . . . .شيئا يرتب عليه للدائن حقا عينيا يخوله حبس الشيء الى ان يستوفي الدين ، وان يتقدم الدائنين العاديين والدائنين التاليين له في المرتبة في ان يتقاضى حقه من ثمن هذا الشيء في اى يد يكون" .

./.

1 - ان حق الحبس يناط بالحيازة وجودا وعدما (1) وعلى ذلك فيجب على المرتهن بان يحتفظ بالحيازة لكي يحافظ على حق الحبس ولا يهم فيما اذا كانت الحيازة تحت يد المرتهن نفسه او تحت يد وسيط يحوز لحسابه . كما لا يهم فيما اذا كان الرهن مدنيا ام تجاريا .

ويستثنى من هذه الحالة، التخلي عن الحيازة موقتا في الظروف التي سمح بها القانون بالشروط التي سنوالي شرحها فيما بعد (2) .

- كما يستثنى ايضا من هذه الحالة التنازل عن الحيازة بطلب من السنديك او من جماعة الدائنين، حيث ان حق الحبس ينتقل الى ثمن المبيع (3) او الاحوال التي تضيع فيها الحيازة من يد الدائن قهرا بالهلاك او التلف حيث ينتقل حق الدائن من الشيء المرهون الى ما حل محله من حقوق (4) او غصبا او ضياعا في حدود عدم المساس بحقوق الغير حسن النية المستوفي للشروط التي سناتي ذكرها فيما بعد (5) او ببيع الشيء المرهون بصفقة رابحة بالشروط التي نصت عليها المادة 1/972 مدني حيث ينتقل حقه الى الثمن ايضا . ولنا رجعة الى الموضوع .

---

(1) - Les MAZEAUDS. P. n° 75 - MARTYR et RAYNAUD. n° 86
السنهوري - ج 10 - ص 855 و ص 856 فقرة 602 - شمس الدين الوكيل - ص 549
تناغو - ص 386 - فقرة 146 .

(2) ما سياتي في البحث - ص 130 الى 135 في رجوع الشيء المرهون الى الراهن والتخلي عن الحيازة للراهن بصفة موقتة . وما سبق الاشارة اليه في البحث - ص 11 حاشية رقم 1 .

(3) المادة 2/293 تجاري سنعود اليها في موضوعها، عند الكلام على التنفيذ ص 248 . وما سياتي في هذا المطلب - ص 131 عند التمييز بين التنازل الارادي والغير الارادي عن الحيازة .

(4) المادة 954 مدني الفقرة الثانية التي تحيل على نص المادة 900 مدني والتي تقضي بما يلي " اذا هلك العقار المرهون او تلف لاى سبب كان، انتقل الرهن بمرتبته الى الحق الذى يترتب على ذلك من مبلغ التعويض عن الضرر او مبلغ التامين او الثمن المقرر مقابل نزع ملكيته للمنفعة العامة" .

(5) ما سياتي - ص 141 في سلب الحيازة .

./.

2 - ان حق الحبس غير قابل للتجزئة (1) ويعني هذا المبدا ان كل جزء من الشيء المرهون ضامن لكل الدين ، وكل جزء من الدين مضمون بكل الشيء المرهون ، وعلى ذلك فيجوز للمرتهن الاحتجاج بحق الحبس تجاه ورثة المدين والدائن معا، فلا يجوز لاحد من ورثة المدين الذى وفى بحصته من الدين الادعاء بحق سحب حصته من المرهون ولو كان الشيء المرهون قابلا للانقسام. كما لا يجوز لاحد ورثة الدائن المرتهن الذى حصل الوفاء له بحقه من الدين (على سبيل الميراث) ان يرد الشيء المرهون او جزء منه الى الراهن (او الموفى) اضرار بالدائنين الاخرين. ولو كان الدين المضمون قابلا للتجزئة.

غير ان هذه القاعدة ليست من النظام العام وبالتالي يجوز الاتفاق على مخالفتها (2).

---

(1) السنهوري ج 10 - ص 855 ف 600 G.MARTY et RAYNAUD.P.53.N° 86
وهو نفس المبدا الذى نص عليه المشرع بنص المادة 892 مدني المتعلقة بالرهن الرسمي لكن اغفل الاحالة اليها في نص المادة 950 مدني المتعلقة بالرهن الحيازى لذلك سبق ان اقترحنا اجراء تعديل على هذه المادة باضافة رقم المادة 892 ضمن ارقام التي ذكرها في النص، راجع ما سبق ص 11 في كون الرهن غير قابل للتجزئة.

(2) ويلاحظ ان مبدا عدم قابلية الرهن للتجزئة وبالتالي عدم قابلية حق الحبس لهذه التجزئة قد يتمدى في بعض التشريعات الى ديون غير الديون المضمونة بالرهن متى نشات للمرتهن على نفس المدين الراهن بعد ابرام عقد الرهن وكانت هذه الديون مستحقة الاداء قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن.
ذلك ما تنص عليه المادة 2/1042 مدني سوري ، والتي تقضي بما يلي " واذا وجد لنفس الدائن على نفس المدين دين اخر بعد انشاء الرهن واصبح مستحق الاداء قبل الوفاء بالدين الاول ، حق للدائن ان يحبس المرهون الى ان يستوفي مبلغ الدينين تماما " احمد وحيد سوار - ص 228 - فقرة 313 (ايضا نص المادة 2082 /2 ف) غير ان قانوننا كالقانون المصرى لم ياخذ بهذا الحل وبالتالي فلا يمكن اعمال هذه القاعدة، وفي هذا يقول الاستاذ السنهورى - ج 10 - ص 861 فقرة 608 من انه يجب تحديد نطاق حق الحبس في الدين المضمون بالرهن دون غيره من الديون الاخرى التي تنشأ في ذمة المدين الراهن لصالح الدائن المرتهن قبل انعقاد الرهن او بعده. ونحن نميل الى هذا الراى الذى يقضي بتحديد نطاق حق الحبس في الدين المضمون بالرهن دون غيره من الديون ، ذلك لان الحل الذى اخذ به التشريع السورى والفرنسي ينافي العدالة اذ ليس هناك ما يبرر تمديد هذا الرهن على دين غير مضمون في البداية وليس من العدل في شيء ان نجعل المدين المرتهن امام امر الواقع ليس له الاختيار سوى التسليم به بتقرير ضمان للمرتهن واقعي على دين غير مقرر له

./.

3 - ان حق الحبس الناشيء عن عقد الرهن، هو حق عيني او هو احد مزايا الحق العيني، ينتج عنه حق الافضلية والتتبع ./ وبالتالي فهو يختلف عن الحق في الحبس المقرر في القواعد العامة الذى هو عبارة عن حق شخصي يثبت للدائن متى توافرت الشروط التي استلزمها القانون (200 مدني) وليس لهذا الاخير حق الافضلية ولا حق التتبع(1).

4 - ان حق الحبس يتقرر للدائن المرتهن منذ انتقال الحيازة اليه او الى العدل يحوز لصالحه ويبقى له حتى الوفاء بالدين كاملا ببقاء هذه الحيازة تحت يديه . بخلاف حق التنفيذ على الشيء المرهون لا يتقرر له الا بحلول اجل الدين المضمون بالرهن(2) .

5 - ان وعاء حق الحبس يكون عقارا او منقولا ماديا ام معنويا(3) ما لم يكن هذا الاخير غير قابل للحيازة (4) .

= هذا الضمان في البداية ولم يدخل في بال الاطراف أن ابرام عقد القرض، بالاضافة الى ذلك ان تطبيق هذه القاعدة يؤدى الى اخلال بترتيب الامتيازات، الـذى حقت للدائنين الاخرين قبل حق المرتهن في هذا الدين الثاني ،دون وجه مشروع .

(1) السنهورى-ج 10 -ص 862 فقرة 611 - شمس الدين الوكيل - فقرة 202 - ص551 الى 553 - وعبد الفتاح عبد الباقي فقرة 329 - ص 304 .
وراجع خلاف هذا الراى الاستاذ تناغو الذى يقول" ان الحق في الحبس غير ناتج عن الحق في الرهن ، ولكن مستقل عنه ، والقول بغير ذلك يجعله مقيدا بحدود مالـلدائن من سلطتي الافضلية والتتبع، ويجعله بالتالي عديم الفائدة، مع ان فائدة هذا الحق لا تظهر الا في الحالات التي لا يعمل فيها حق الدائن في الافضلية او التتبع وهو لهذا السبب نوع من الحبس المقرر في القواعد العامة، ورغم استقلال الحبس عن الرهن فهو يعمل على تدعيمه" وبهذا المعنى الاستاذ مازو MAZEAUD n° 78

(2) السنهورى -ج 10 -ص 856 فقرة 609 .

(3) السنهورى-ج 10 -ص 806 فقرة 601 - وما سياتي ص 189حاشية رقم 4 .

(4) ومن المنقولات المعنوية التي تكون غير قابلة للحيازة وبالتالي لا يمكن تصور ورود حق الحبس عليها مثلا (المحل التجارى)
- JUGHART et IPPOLITO, traité droit commerçial.T.I, n° 220 et suiv et T.III, n° 1216- 2è Al
- CABRILAC.J. classur.F-B, n° 16 - MARTY et RAYNAUD.P.43,n°63-2 حاشية رقم2 .

6 - ان حق الحبس يعتبر وسيلة منحها القانون للمرتهن الحائز يواجه بها الراهن نفسه، (مدينا كان ام كفيلا عينيا) والمالك الحقيقي، متى كان هذا المرتهن حسن النية عند التعاقد، ومشترى المنقول، متى كان تاريخ الرهن الثابت اسبق من تاريخ البيع، والدائن العادى، والدائن الممتاز المتاخر في المرتبة عن الدائن المرتهن،(1) بل يواجه بهذه الوسيلة حتى الدائن الممتاز السابق له في المرتبة في بعض الاحوال، متى توافرت شروطها كما سنرى فيما بعد (2) عند الكلام في التنفيذ (3) .

ومن خلال هذه الخصائص يتبين لنا مدى اهمية هذا الحق بالنسبة للدائن المرتهن ومقتضاه يتمكن من الحصول على استيفاء حقه كاملا كان يحصل على المصاريف النافعة التي ليس للدائن عليها حق الامتياز (غير ان للدائن في هذه الحالة ان يستعمل حق الحبس المقرر له في القواعد العامة (م 200 مدني) ومن ثمة فانه لا يستوفي حقه من الشيء المحبوس الا اقل القيمتين بعد المقارنة بين ما صرف فعلا وما زاد من قيمة الشيء المرهون بسبب ما صرف كما سبق شرحه) .

---

(1) السنهوري - ج 10 - ص 856 - فقرة 603 و 604 .

(2) هذه الاحوال نصت عليها المادة 293 تجارى والتي تقضي بما يلي " يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن اخر صاحب امتياز ام لا " وسنرى ان القضاء الفرنسي يفضل حق الدائن المرتهن حتى على حق الخزينة - نقض 27/6/1958 ص 105 - حاشية رقم 1 - غير انه يلاحظ ان مسالة احتجاج الدائن المرتهن بحقه في الحبس في مواجهة الدائنين المزودين بامتيازات مفضلة على الامتياز الذى منحه القانون اياه، كانت محل خلاف بين الفقهاء .

فالبعض يرى بان حق الحبس مستقل عن الرهن وبالتالي يحق للمرتهن ان يحتج به تجاه الكافة . les MAZEAUD. n° 78 . اما البعض الاخر فيرى من انه يجب التمييز بينهما اذا كان الدائن المرتهن حسن النية ام انه سيء النية، لان في الحالات التي يتلقى فيها حقه بمقتضى العقد (وليس بمقتضى الواقعة) فانه يكون خلفا خاصا للمتعاقد معه . ويقول هذا الراى ايضا انه لا يجوز ان يمس حق المرتهن في الحبس الحقوق الاخرى الواردة على الشيء والتي تم حفظها قانونا . تناغو - ص 387 ف 142 .

(3) ما سياتي في ص 110 التي سميناها بالاوضاع غير العادية .

وكما راينا انه بمقتضى حق الحبس هذا قد اوجب المشرع بنص المادة 956/2 مدني،على المرتهن بان يستثمر الشيء استثمارا كاملا فيما اعد له،وتكون صفته في هذا الاستثمار،في راينا،باعتباره نائبا قانونيا عن الراهن (1) على ان لا ينتفع بالشيء بدون مقابل ولو برضا المدين وان يقتطع الثمار من اصل الدين وملحقاته (م 956/3 مدني) .

البند الثاني : نطاق حق الحبس الناتج عن الرهن :

وبما اننا ذكرنا في الخصيصة الاولى بان حق الحبس يناط بالحيازة وجودا وعدما ، ينبغي علينا الوقوف عند هذه الخصيصة لتوضيح نطاقها لما تثيره من مشاكل استوقفت الفقه والقضاء طويلا ، وهذه المشاكل قد عولجت بالنظر الى الظروف التي تخلى المرتهن فيها عن الحيازة فيما اذا كانت ارادية ام انها مفروضة عليه .

ولكي يتيسر لنا دراسة الموضوع نورد بعض المسائل المتمثلة في الصور الاتية :

1 - قد يحدث ان يريد المرتهن استيفاء حقه عن طريق التنفيذ على الشيء المرهون لان المدين لم يوف بدينه في الاجال المحددة له فيتخلى عن الحيازة للبائع بالمزاد .

2 - وقد يجرى الدائنون العاديون او الممتازون (متاخرون او متقدمون عن المرتهن في المرتبة) الحجز على الشيء المرهون . ويجرى بيعه (بعد الحجز) في المزاد العلني ، من غير ان يعترض المرتهن بحقه في الحبس تجاههم .

3 - وقد يسلم المرتهن الشيء المرهون الى الصانع ليجرى اصلاحات ضرورية او نافعة او كمالية عليه .

ففي هذه الاحوال كلها يتنازل المرتهن عن الحيازة بارادته ، فيثار بالتالي السؤال عما اذا كان حقه في الحبس ينتقل الى الثمن في الحالة الاولى والثانية

---

(1) ما سبق ص 81 وما بعدها .

./.

(بعد البيع) ويكون له عليه حق الافضلية في التشريع الجزائرى ؟ وعما اذا كان للدائن المرتهن حق الافضلية في الحالة الثالثة على الحائز الحقيقي الذى اجرى الاصلاح على الشيء ؟ وقبل ان نتطرق الى ما هو مقرر في تشريعنا يجدر بنا ان نلقي نظرة حول ما هو معمول به في القضاء الفرنسي ،لكي تتضح لنا الصورة بشكل اوضح .

أ) موقف القضاء الفرنسي :

ان القضاء الفرنسي قد اصدر عدة احكام حديثة ،كان موقفه مترددا حول نطاق الامتياز الذى يعطيه للمرتهن ،فقد قضى في حكم صادر عن محكمة النقض، الغرفة التجاريةبتاريخ 15 جانفي 1957 على ان المرتهن الذى باشر التنفيذ بنفسه على الشيء المرهون يعتبر انه متنازل عن حقه في الحبس وبالتالي يخضع رهنه لما ثبت له من مترتبة في الاصل (1) ،ومعنى هذا الحكم انه يحصر امتياز المرتهن فقط في الاحوال التي يكون فيهما مرغما في التنفيذ على المرهون بالبيع . اما الحالة التي يكون فيهما المرتهن مختارا لاجراء التنفيذ على المرهون بالبيع فانه يتحمل نتائجها بتنازله عن حق الحبس وقد يصطدم مع الدائنين الممتازين قبله فلن يحصل على شيء من ثمن المرهون .

---

(1) - Cass.com - 15 Janvier 1957,semaine juridique 1957 - II - 10006 et note, j.Becqué.

ومن حيثيات هذا الحكم ما معناه :

" وحيث ان المرتهن قد باشر بنفسه التنفيذ ببيع الشاحنة المرهونة لا يمكن له الادعاء بحق الحبس، ولم يبق له سوى تسوية النزاع حسب القواعد التي تنظم الامتياز بين الدائنين ذوى الحقوق الممتازة

"Attendu qu'en poursuivant elle même la vente du camion ne pouvait plus se prevoloir du droit de retention..."

وبهذا المعنى يقول الاستاذ نصرة منلا حيدر، طرق التنفيذ الجبرى واجراءات التوزيع، سنة 1966 ، دمشق ، ص 308 فقرة 283 حيث يقول "اما اذا كان الحابس هو الذى طلب التنفيذ على المال فمعنى ذلك انه تنازل عن حقه في الحبس لانه لا يستطيع ان يمتنع عن تسليم المال الى الراسي عليه المزاد فيستوفي في هذه الحالة حقه من الثمن شانه في ذلك شان باقي الدائنين العاديين (اى قسمة الغرماء) لان الحق في الحبس لا يثبت حق الامتياز للحابس على الشيء المحبوس.

./.

غير ان موقف القضاء الفرنسي هذا لم يكن مستقرا إذ صدر عن محكمة النقض،(الغرفة المدنية) بتاريخ 1958/6/27، حكما اخر يقضي بتوسيع نطاق امتياز المرتهن بحيث يشمل حتى الاوضاع التي يكون فيها المرتهن، قد تنازل عن حق الحبس بارادته (1).

وعليه فان هذا الحكم قد جعل المرتهن في وضع ممتاز حيث انه سيحصل بالامتياز على دينه من الثمن، في كل الحالات الثلاث التي سبق ذكرها. ولا يهم فيما اذا كان التنازل عن حق الحبس اراديا ام غير ارادي، الامر الذى دعا بعض الفقهاء في فرنسا (2) الى انتقاد موقف القضاء هذا. الذى يمدد

---

(1) cass, civ, 2è, 27/6/1958, semaine juridique 1958- II -10819 et 10901 et note Becqué, R.T.D.Com 1958 P. 848 n°39 Observation R.Houin, P,820 et suit. R.T.D.Com 1959.P.146.n°16 Observation, Hemard.P. 136 et suit.
GAZ - Pal 1958 - 2 - 309.

وتتلخص وقائع هذا الحكم في ان شركة تسمى Socité Financier Automobiles قد قدمت مبلغا من النقود الى شخص يسمى FRECHET على سبيل القرض، بقصد شراء هذا الاخير دراجة نارية، ولضمان هذا المبلغ المقترض، اجرى الرهن على الدراجة المشتراة لصالح الشركة "وقد اجرى الرهن في اشكال مقررة بمرسوم صادر في 30 ديسمبر 1953 من التشريع الفرنسي، بمعنى انه رهن دون انتقال الحيازة" وقد حدث ان اعلن افلاس السيد FRICHET بعد اجراء الرهن، فحجز ممثل الخزينة على الدراجة المرهونة وباعها بالمزاد العلني بقصد تحصيل الدين الضريبي الذى على FRICHET، فرفعت الشركة المرتهنة دعواها ضد الخزينة امام محكمة GRONOBLE بتاريخ 1956/10/20، فقضت هذه لصالح الخزينة وطعنت الشركة في الحكم امام محكمة النقض وقضت هذه الاخيرة بتاريخ 58/6/27 لصالح الشركة (المرتهنة) ومن مبررات حكم هذه المحكمة ما يلي: "وحيث لا يتقرر الامتياز بمعنى الكلمة الا بوجود نص قانوني صريح بذلك وان الاعتراف للمرتهن بالافضلية كان نتيجة مباشرة وضرورية ولازمة لحقه العيني الناتج عن الرهن والذى بصفته هذه يتجنب المزاحمة.

" Attendu qu'il n'y a de privileges, au sens propre de terme que ceux qui sont accordeé par une disposition expresse de la loi, que la préférence reconnue au gagiste, lequel à ce titre échappe a la loi du concuir".

(2) - Les MAZEAUD. P. 228

./.

امتياز المرتهن على حساب الدائنين الممتازين قبله من دون مبرر . ولم يستمر زمنا طويلا موقف القضاء الفرنسي هذا حتى صار التراجع بشكل مذهل،وصدرت من محكمة النقض عدة احكام تضيق من نطاق امتياز المرتهن تدريجيا . حيث قضت بتاريخ 1962/04/11 بان التنازل الارادى عن الحيازة يعتبر بمثابة التنازل عن الحق في الحبس(1) كما قضت بتاريخ 1962/10/10 (2) بان الحجز على مال المدين لدى الغير الذى يجريه المودع على المنقول بين يديه (3) يفقد هذا المودع حقه في الحبس. ثم تتالت احكام محكمة النقض بعد ذلك في هذا الاتجاه حيث فضلت (4) حق المرآبي GARAGISTE (5) الدائن بمصاريف صيانة الشيء على حق الدائن المرتهن ، ذلك بحجة ان صاحب المستودع قد حاز الشيء الذى انتقل اليه بسبب الاصلاح ، واقعيا وهذه الحيازة يصح الاحتجاج بها تجاه الكافة بما فيهم الدائن المرتهن الذى فقد الحيازة بتسليمها الى المرآبي GARAGISTE وبالتالي يفقد معها حق الحبس المترتب عنها ويناط بها وجودا وعدما كما ذكرنا . كما يفقد حق الافضلية على الثمن بفقده حق الحبس.

---

(1) - Cass, Civ.11 Avril 1962, Bull -Civ 1962 - 1, n° 211 page 287.

(2) - Cass.Civ 1è .10.10.1962.J.C.P. 1962.Ed.G.II- 12926. Note signé J.A.
وضمونه هو :
" Le saisie arrêt du depositaire entre ses propre mains Pert du droit de retention"

(3) يسمى هذا النوع من الحجز : الحجز تحت يد النفس (saisie arrêt sur soi-même.)
راجع الاستاذ حسنين ، طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية الجزائر - ط 1982 - ص 124 وما بعدها - وراجع ايضا مثلا حيدر - المرجع السابق ص 514 - بند 476 .

(4) - Civ.1è CH.13.11.1962.Semaine juridique 1963.II.12976.
- Cass.Civ.Com.10.07.1968.D.1969.114.
- Cass.-11.6.1969.D.1970.244 et note Bihr

(5) يعني صاحب مرآب .

. / .

وهكذا نرى ان الدائن المرتهن يفقد حق الحبس وبالتالي حق الافضلية كلما تنازل عن الحيازة بارادته كان يباشر التنفيذ على الرهن بالبيع بنفسه كما في المثال الاول او يسلم الشيء لغيره بان يباع في المزاد العلني دون اعتراض منه او يسلمه لاجراء الاصلاحات عليه كما في المثال الثاني والثالث. هذا هو الوضع المعمول به لدى القضاء الفرنسي .

ب) موقف التشريع الجزائري :

اما الوضع عندنا فقد يثير اشكالا اذ فبينما يقضي نص المادة 962 مدنى (1) على ان حق الحبس المقرر للدائن المرتهن يحتج به على الكافة دون اخلال بما للغير من الحقوق التي تم حفظها وفقا للقانون ، ونص المادة 948 مدني التي يتحدد بمقتضاها نطاق حقه في الحبس في حدود الدائنين العاديين والدائنين الممتازين التاليين له في المرتبة دون ان يتعدى حقه الدائنين الاخرين (2) فان نص المادة 3/293 تجارى يقضي بتقديم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن اخر صاحب امتياز اولا (3) .

فيثار السؤال في كيفية توفيق بين النص الذى يقضي بعدم جواز الاحتجاج بحق الحبس تجاه الاشخاص الذين قد اكتسبوا حقوقا على الشيء المرهون تم حفظها بنص القانون ؟ ذلك كالاحتجاج ضد المشترى الذى كان تاريخ شرائه اسبق من تاريخ ثبوت حق المرتهن على المرهون (م 648 و 962 مدني) .

---

(1) تنص المادة 962 مدني بما يلي " يخول الرهن الدائن المرتهن حق حبس الشيء المرهون على الناس كافة ، دون اخلال بما للغير من حقوق تم حفظها وفقا للقانون" ويلاحظ ان هذا النص قد استعمل عبارة" الناس" مع انها لا تصدق هذه العبارة الا على الافراد الماديين دون الاشخاص المعنوية .

(2) السنهورى -ج 10 -ص 858 فقرة 604 وفقرة 599 و 603 . شمس الدين الوكيل ص 550 .

(3) ولا يقال ان نص المادة 293 تجارى ينطبق فقط على التجار او الرهون التجارية لان هذا النص وان ورد في القانون التجارى الا انه ينطبق ايضا على اشخاص غير التجار وعلى ديون غير تجارية ، طالما انه ورد في باب الافلاس والتسوية القضائية . م 215 و 216 تجارى .

./.

والنص الذى يمنح مكنة مطلقة للمرتهن (م 3/293 تجارى) بان يحتج بالافضلية على الثمن تجاه كافة الاشخاص ممتازين ام لا (1)؟

والواقع انه ليس هناك تعارض بين النصين . انما نص المادتين 962 و948 مدني ينظمان حالة الراهن في الاوضاع العادية، دون الاوضاع الغير العادية . ويكون الراهن (مدينا ام كفيلا عينيا) في اوضاع غير عادية عندما يكون في حالة افلاس او تسوية قضائية (م 215 تجارى) كما سنرى .

- ففي الاوضاع العادية للراهن : يكون المرتهن فيهما حرا في اختيار المناسبة لاجراء التنفيذ على الشيء المرهون بالبيع في المزاد العلني او يطلب من القاضي بان يامر بتمليكه المرهون ولن يرغم بان يتنازل عن حقه في الحبس من طرف اى دائن اخر المتأخر عنه في المرتبة او مكتسب الحق على المرهون بعد رهنه، كالمشترى مثلا، حتى يستوفي حقه كاملا . وله ان يحتفظ بالشيء مهما طال الزمن . حتى يستوفي هذا الحق كما سبق الذكر .

وبناء على ذلك فان اى تصرف يجريه الراهن على المنقول المرهون واى حجز تنفيذى يمارسه اى دائن اخر غير الحابس، فلن يسرى على

---

(1) تنص المادة 293 تجارى على ما يلي : " - لوكيل التفلسة باذن من القاضي المنتدب وبعد تسديد الدين ان يسحب الضمان الصادر من المدين لصالح جماعة الدائنين .
- واذا لم يسحب الضمان، فعلى الدائن المنذر من طرف وكيل التفلسة ان يقوم بالبيع في الاجل المحدد وعند عدمه جاز لوكيل التفلسة ان يقوم عوضا عنه بالبيع بعد الاذن له بذلك من القاضي المنتدب .
- يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن اخر صاحب امتياز ام لا " .
ويلاحظ ان النص قد اقتبس نصا وروحا من نص المادة 83 تجارى فرنسي الواردة في القانون الصادر بتاريخ 1957/07/13 .

./.

المرتهن (الا اذا كان هذا التصرف او الحجز قد اجريا قبل اكتساب المرتهن حقه على المرهون) وله ان يحبس العين تجاه هوءلاء حتى يستوفي حقه كاملا (1)) .

ولما كان المرتهن حرا في اختيار المناسبة لاجراء التنفيذ على المرهون ولن يرغم من طرف الراهن او الحاجز المتاخر عنه في المرتبة بالتنازل او التخلي عن الحيازة بمباشرة التنفيذ على المرهون بالبيع او بتسليم الشيء للحاجز بان يبيعه بالمزاد العلني . وطالما انه لن يرغم على ذلك فان تنازل عن الحيازة يفقد معها حق الحبس وبالتالي حق الافضلية ولن ياخذ رهينه الا المرتبة التي كانت له في الاصل (بمعنى قد يزاحم من ذوي حقوق على المرهون ممتازة عليه . ولن يحصل على حقه الا بعد استيفاء هذه الحقوق الممتازة) .

---

(1) السنهوري - ج 1 فقرة 599 و 603 . شمس الدين الوكيل - ص 550 .
وراجع خلاف هذا الراي الاستاذ نصرة منلا حيدر، المرجع السابق - ص 308 - فقرة 284 . الذي يرى بان المرتهن يحتج بحقه في الحبس تجاه الكافة مهما كانت صفة الدائن، قائلا ما يلي :

" يمكن لاي دائن اخر غير الحابس استعمال حقه بطلب بيع المال المحبوس لان حق الحبس لا يمنع طلب البيع من قبل دائن اخر غير الحابس ، ويبقى حق الحبس قائما (رغم تصرفات هوءلاء) في مواجهة من رسا عليه المزاد مهما كانت صفته حتى يستوفي حقه كاملا . . . . ولو قلنا العكس اي عدم استيفاء الحابس حقه كاملا لكان معناه فقدان الحبس لاهميته اذا كان اي دائن لمالك المال يستطيع التنفيذ عليه بالبيع الجبري ".
وبناء على هذا الراي فان كان المرسي عليه المزاد هو المرتهن الاول نفسه (وهذا جائز كما اشرنا ص 258) والحابس هو المرتهن الثاني فان هذا الاخير يحتج بحقه في الحبس تجاه المرتهن الاول رغم ان حق هذا الاخير قد تم حفظه بحكم القانون .

وعليه ان الاحكام التي يخضع اليها رهن المنقول الحيازى في الاحوال العادية للمدين (غير الافلاس او التسوية القضائية) هي تلك التي تنص عليها المواد 948 و 962 مدني المتعلقة بتحديد نطاق امتياز المرتهن ومرتبته. والمواد 961 و 952 مدني التي تستلزم تسلّم الحيازة والاحتفاظ بها للاحتجاج بالحبس تجاه الغير.

اما في الاوضاع غير العادية للمدين. فقد قدر المشرع الموقف، ووازن بين مصلحة الدائن المرتهن ومصلحة جماعة الدائنين في حالة افلاس المدين او التسوية القضائية. فاتخذ موقفا خاصا بحيث اعطى لوكيل التفلسة مكنة لاسترجاع الشيء المرهون بعد تخليصه من المرتهن كما اعطى له مكنة ارغام الدائن المرتهن بان يبيع الشيء المرهون او يقوم هو مكانه بالبيع (م 293 تجارى) ؛

وحتى لا يتضرر المرتهن من هذه المكنة التي اعطاها لوكيل التفلسة حافظ على حقوقه بالرغم من التخلي عن حيازة الشيء مرغما عنه. ففضله في استيفاء حقه من ثمن البيع قبل اى دائن اخر صاحب امتياز ام لا. (م 293/3 تجارى).

اذن ان نص المادة 293 تجارى يعتبر نصا خاصا استثناء لا يطبق الا عندما يرغم المرتهن بان يتنازل عن الحيازة لصالح جماعة الدائنين من طرف وكيل التفلسة.

ذلك وان كان المشرع لم يريد ان يكون استعمال حق الحبس من المرتهن عائقا لاجراء التفلسة او التسوية القضائية ففي نفس الوقت فانه لم يريد ان يضحي بحق المرتهن في الحبس، فالزمه بان يتنازل عن الحيازة بالتنفيذ على المرهون بالبيع، لكن في نفس الوقت، قد احتفظ له بحق الافضلية على الثمن كما قلنا، يتقدم بها قبل اى دائن اخر ولو كان امتيازه اسبق من امتياز المرتهن في المرتبة.

./.

وبهذا نتمكن من التوفيق بين الاوضاع التي تعالجها المواد 648و962 مدني والاوضاع التي تعالج بنص المادة 293 تجارى .

غير ان المادة 3/293 تجارى هذه تثير مشكلا اخروهو كيف نوفق بين الامتياز المطلق الذى تقرر لصالح الدائن المرتهن في الفقرة الثانية منها(2) وبين الامتياز الذى تقرر بمصاريف المحافظة والصيانة بنص المادتين 956و 992 مدني . حيث فضل المشرع هذه المصاريف وجعلها في الدرجة الاولى ؟

ولعدم وجود النص لحسم هذا (التعارض فلا حيلة لنا الا الرجوع الى البيئة التي نشأ فيها نص المادة 293 تجارى . وهي بيئة فرنسية كما اشرنا ، لانها مقتبسة من قانون 1967/7/13 المادة 83 منه .

فقد سبق ان اشرنا بان القضاء الفرنسي قد ادخل بعض القيود على نص المادة 83 من قانون 1967/7/13 حتى حصر الامتياز الذى تقرر بنص المادة المذكورة للمرتهن ، في بعض الديون دون الديون الاخرى . وقد سبق ان قضى في اول الامر بتمييز بين التنازل الارادى عن الحيازة والتنازل غير الارادى فحصر الامتياز في النهاية في الاوضاع التي يتم فيها التنازل عن الحيازة جبرا . حيث قضى القضاء الفرنسي بان الامتياز الذى تقرر بنص المادة 83 فرنسي لا يعني الا حالة البيع الجبرى المفروض على المرتهن من طرف وكيل التفلسة (1) .

---

(1) ما سبق ص 103 وما بعدها فيما يخص نطاق حق الحبس Cass.com.15/1/57 semaine juridique 1957. cass.Civ.11/4/1962. Bull Civ 1962.1,n°211 page 287.

الذى اشير اليه في -ص106 حاشية رقم 1 ، كذلك الحكم الصادر بتاريخ 1962/10/10 عن محكمة النقض. وراجع الحكم الصادر بتاريخ 1962/11/13 و1968/7/10 و 1969/6/11 المشار اليهم في ص106 من هذا البحث .

(2) تنص الفقرة الثالثة من نص المادة 293 تجارى بما يلي " يقدم امتياز الدائن المرتهن على كل دائن اخر صاحب امتياز ام لا " .

./.

بل وحتى في هذه الحالة فقد ربط الامتياز بمن كان لديه حق الحبس وانتزع منه جبرا لذلك فقد استبعد (من تطبيق نص المادة 83) المحل التجاري لانه غير قابل للحيازة وبالتالي غير قابل للحبس(1) .

وحتى لو وجد للدائن المرتهن حق الحبس فان امتيازه يتخلف عن حق الدائن بالنفقات المحافظة والصيانة التي انفقت بعد انشاء عقد الرهن ولو تمسك بنص المادة 83 من قانون 1967 (2) وقد قضى القضاء الفرنسي اخيرا بان الدائن بهذه المصاريف يحتج بها في حالة الافلاس او التسوية القضائية، تجاه جماعة الدائنين وان لم يتم اشهار هذه النفقات وذلك لان اجراءات الاشهار غير مرتبطة بهذا الامتياز(3) ، هذا الحكم منطقي جيدا في نظرنا اذ لولا هذه المصاريف لما بقي شيء للدائن المرتهن او الجماعة من الدائنين ينفذ عليه .

والغريب ان نجد ان امتياز الدائن المرتهن المقرر له بنص المادة 83 من القانون المذكور (اي القانون الصادر بتاريخ 1967/7/13) قد اخذ اتجاها معاكسا تماما بحيث يتقلص الى ابعد الحدود . فبخلاف اتجاه القضاء في الاحكام السابقة الذكر (4) . التي بمقتضاها اعطت للدائن المرتهن حق الامتياز لا حدود له يحتج به حتى على امتياز الخزينة .

---

(1) - Juglart et IPPOLITO, traité droit commerçial. T.I n° 220 et suit et T.III n° 1216 &è.
- cass. com. 1/12/1980.J.C.P. 1980 n° 9, Bull.cass.IV.P.69.

هذا الحكم يتعلق بنزاع وقع بين الخزينة والدائن المرتهن للمحل التجاري ، فقضت محكمة النقض لصالح الخزينة .

(2) - Cass.com. 4/2/1980(Socité Fiat France)J.C.P 1980, n° 15/16 Bull.Cass.IV.P.156.

(3) - Cass.com.17/2/1981.J.C.P.1981, n° 19, Bull.Cass.IV.P.159

هذا الحكم صدر في قضية متعلقة بنزاع بين الدائن بنفقات الصيانة ووكيل التفلسة وتصفية اموال السيد YVES GUILLOT

(4) ما سبق - ص105 حاشية رقم 1. Civ 2è.27/6/58 -

./.

فان القضاء الفرنسي قد قضى اخيرا (1) بان الامتياز الذى اعطي للدائن المرتهن بمقتضى نص المادة 83 من قانون 1967، لا يحتج به ضد اجرة العمال وحقوق الخزينة، ويوءكد في حكمه على انه لا يهم فيما اذا كان للدائن المرتهن حق الحبس ام لا .

وعلى ضوء هذا الموقف الذى انتهى اليه القضاء الفرنسي، والذي يمكن الاستعانة به وتبني هذه المفاهيم لتحديد نطاق الامتياز الذى اعطي للدائن المرتهن بنص المادة 3/293 تجارى . ذلك لان النص (كما ذكرنا) قد اقتبس حرفيا من القانون الفرنسي الصادر سنة 1967، فهو يعتبر مصدرا تاريخيا لنص المادة 293 تجارى، وعملا تحضيريا له (ان صح التعبير، للقانون التجارى الجزائرى) فيجب بالتالي الاستئناس بهذا المصدر وبما يحدث في هذا البلد، في كل نزاع يعرض في الموضوع .

وخلاصة القول انه لكي يحافظ المرتهن على حقه ويحصل عليه بصفة اكيدة يجب ان يحافظ على الحيازة ليبقى له حق الحبس. ولا يهمه الحجز الذى قد يوقعه المدين العادى او الممتاز التالي له في المرتبة، على الشيء المرهون، وبيع هوءلاء لهذا الشيء، لان هذه التصرفات لا تسرى تجاهه طالما انه محافظا على الحيازة وله ان يحبس الشيء تجاه هوءلاء حتى يستوفي حقه كاملا .

---

(1) - Cass.com. 5/5/1980(Cass.Nationale des marchés de l'état) J.C.P. 1980, n° 29- 30, Bull.Cass.IV.P.271.

ونظرا لاهمية هذا الحكم ننقل منه ما يلي :

un cour d'appel a retenu a son droit que l'article 83 alinia de la loi du 13 juillet 1967 qui dispose que le privilège du créancier gagiste prime toute autre créance privilégieé ou non ne deroge pas aux dispositions spéciales des articles 190 et suivants du code des marchés publics selon lesquelles le privilège du créancier nanti sur marché des travaux publics ne peut s'exercer, en cas d'opposition valable que sous reserve des privilèges enummerés a l'article 193 de ce code et plus spécialement du privilège des salaries en cas de faillite ou de règlement judiciaire.... et des privilèges conférés au trésor public par la loi en vigueur, peu important que le créancier nanti bénificie ou non d'un droit de retention.

./.

اما اذا ارغم من طرف وكيل التفلسة فان حقه ينتقل الى الثمن بالافضلية وذلك ما سنراه في الموضوع الذى يلي .

المطلب الثاني : الافضلية والتتبع .

أ) حق الافضلية .

لقد تقرر حق الافضلية والتقدم للمرتهن بمقتضى نص المادة 948 مدني حيث تقضي بأن للدائن المرتهن حق عيني ناشيء عن عقد الرهن يمكنه من حبس الشيء المرهون تحت يديه او العدل الذى يحوز لحسابه حتى يستوفي دينه كاملا . وفي حالة بيع الشيء بالمزاد العلني يكون له حق التقدم والافضلية على ثمن المبيع .

واذا هلك اوتلف الشيء ، وكان هذا الهلاك او التلف محلا للتعويض او التامين فيكون للمرتهن افضلية على القيمة المالية التي احلت محل الشيء المرهون (1) .

وتتحدد مرتبته في الافضلية من تاريخ العقد بالنسبة للمنقول المادى او التاريخ الثابت للاعلان او القبول بالنسبة للديون (2) .

هذا ويتضمن وعاء الافضلية 1اصل الدين وملحقاته ، وهي تشمل المصروفات الضرورية التي اقتضتها المحافظة على الشيء التي لولا ها لادى بالشيء الى الهلاك او التلف ، وتلحق بهذه المصاريف تلك التي انفقت في اصلاح الشيء ثم تلك التي استلزمها الشيء او ادارته او الحصول على حقوق لا حقه به (3) كذلك ما ترتب على الشيء من الضرائب (4) .

---

(1) السنهورى - ج 10 - فقرة 592 - ص 848 - تناغو - ص 390 .
(2) ما سياتي ص 177 وما بعدها وص194 وما بعدها في هذا البحث .
(3) ما سبق : ص 84 و 85 .
(4) سوار : المرجع السابق - ص 220 فقرة 303 - محمد كمال مرسي - فقرة 312 - ص 419 اشار اليه الاستاذ السنهورى ج 10 - ص 828 .

./.

2 ـ التعويضات الناشئة عن عيوب الشيء والمصروفات التي انفقت لابرام التصرف القانوني (من ابرام عقد الدين وعقد الرهن) وتنفيذه كمصروفات نقل حيازة الشيء المرهون ، وحتى الفوائد الى يوم بيع الشيء بالمزاد في الاحوال التي يقر بها القانون (1) .

اما المصروفات النافعة (2) فقد سبق ان قلنا انه ليس للدائن المرتهن عليها حق الامتياز ، انما يمكن استردادها باعمال حق الحبس الذى لديه والمقرر له في القواعد العامة (م 200 مدني) .

اما المصاريف الكمالية فانه ليس للدائن المرتهن حق استردادها اللهم الا اذا انتزعها من المنقول بشرط ان لا يؤثر على قيمة المنقول التي كانت له في حالته الاولى .

ب) حق التتبع :

ان حق التتبع كان نتيجة للحق العيني الناشيء عن عقد الرهن ، وقد نص عليه صراحة بنص المادة 648 مدني التي تنص بان للدائن المرتهن حق اقتضاء حقه من ثمن الشيء المرهون ولو انتقل هذا الشيء الى شخص اخر" وبذلك يكون للمرتهن الذى ضاع منه المنقول حق المطالبة باسترداده في اى يد كان بواسطة الحجز الاستحقاقي (3) Saisie de Revendication

---

(1) شمس الدين الوكيل ـ ص 842 . تناغو ص 390 .

(2) ما سبق ص 85 .

(3) نصرة منلا حيدر ، طرق التنفيذ الجبرى ـ ص 385 .

- MAZEAUD.P.89, n° 80" Le créancier gagiste a le droit de reprendre la chose engagée dont il a involontairement perdu la détention, au moyen de la vindication pignotis ou de la saisie revendication".

./.

غير ان هذا الحق في الاسترداد قد يتعطل اذا تصرف الراهن بالمنقول الى الغير وكان هذا الاخير حسن النية آن التصرف، اعمالا لقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز، ما عدا حالة الضياع او السرقة، بل وحتى في هذه الاحوال فان حدث ان تلقى الحائز المنقول في سوق عامة وممن يتاجر في مثله يمكن له ان يطالب استرداد ثمنه (1) .

ومن هنا نرى ان حق التتبع ملازم لحق الحبس، بل هو نتيجة له . وحق الحبس ملازم للحيازة . فان فقدت هذه الاخيرة تهدم الكل ولن يبق له لا حق الحبس ولا حق التتبع نتيجة لذلك .

وصفوة القول ان للعقد اثار تنتج عنه، بعضها تنصب على عاتق اطراف العقد والبعض الاخر ينصب على الغير وفي الاثار التي تنتج من عقد الرهن تجاه الغير حق الحبس وحق الافضلية والتتبع . ونظرا من ان هذه الاثار تدور وجودا وعدما بالحيازة، لكي ينفذ عقد الرهن تجاه الغير ويحتج به، فضلنا ان نخصص موضوعا خاصا لدراسة موضوع الحيازة ومعناها، وتكييفها القانوني وشروطها وما الى ذلك من المشاكل التي تثيرها، ذلك في الموضوع الذي يلي :

<u>المبحث الثاني</u> : شروط نفاذ عقد الرهن تجاه الغير .

<u>تمهيد :</u>

سنوالي شرح الحيازة في هذا المبحث باعتباره شرطا عاما في كل انواع الرهون الواردة على المنقول سواء كان المال ماديا ام معنويا وسواء كانت طبيعة الرهن مدنية ام تجارية . ونرجوء الشروط الاخرى عند الكلام عن الاحكام الخاصة التي يتميز بها كل نوع من هذه الرهون .

---

(1) سمير تناغو - ص 393 .

ولقد توخينا دراسة موضوع الحيازة باسهاب، نظرا لاهميتها وشموليتها على النحو الاتي :

المطلب الاول : في معنى الحيازة، ونتناول فيه النقاط التالية :
- التكييف القانوني لها - ثم تعريفها - اساسها والحكمة من تقريرها - واخيرا دورها في الرهن .

المطلب الثاني : في شروطها .
المطلب الثالث : في رجوعها الى الراهن .
المطلب الرابع : في التعريف بالحائز .

المطلب الاول : الحيازة .

سندرس تحت هذا المطلب التكييف القانوني للحيازة، وتعريفها، واساسها والحكمة من تقريرها، واخيرا دورها في الرهن .

- البند الاول : التكييف القانوني للحيازة :

ان مسالة التكييف القانوني للحيازة قد عولجت في دراسة القواعد العامة التي تحكمها، ونظرا ان الاشارة الى بعض الافكار التي قيلت بصدد تكييفها، قد تفيدنا لفهم وضع حيازة الدائن المرتهن او العدل كما تفيدنا في تفسير بعض الاوضاع الاخرى في البحث كالتزام الدائن المرتهن بالرد . فضلنا اقتطاف بعضا من هذه الافكار ذلك بقدر ما يهمنا في الموضوع . فيما يلي :

ان موضوع تكييف القانوني للحيازة كان محل خلاف بين الفقهاء، اذ فبينما يأخذ البعض بالنظرية الذاتية . يذهب البعض الاخر الى الاخذ بالنظرية الموضوعية (1) .

---

(1) ترجع النظرية الذاتية الى الاستاذ سافيني، اما النظرية الموضوعية فترجع الى الاستاذ اهرنج .د- علي سليمان - المرجع السابق - ص 243 .

وملخص النظرية الذاتية هو انها تميز بين الحيازة الحقيقية Possession والحيازة العرضية Detention

فلا يعتبر حائز حقيقيا الا من كان يحوز بنية الامتلاك Animus Domini او بنية حيازة الحق Animus Possedendi اما من كان يحوز لحساب غيره فيعتبر حائزا عرضيا . un simple detenteur

هذا وسميت النظرية بالنظرية الذاتية، نظرا لما تعطيه من اهمية لارادة الانسان في تكييف وضع الحيازة .

ويلاحظ على هذه النظرية انها تعتمد على معيار نفسي يصعب على القاضي اكتشافه .

- اما ملخص النظرية الموضوعية التي جاءت معارضة للنظرية الذاتية فمضمونها انها تعتمد على مادية الحيازة بغض النظر على نية الحائز، ففي ظل هذا الراى ان الحيازة هي السيطرة الفعلية على الشيء ، وكل من يملك هذه السيطرة يفترض منه نية الحيازة الحقيقية حتى يثبت العكس .

وعلى ضوء هاتين النظريتين، نحاول معرفة الوضع القانوني لحيازة الدائن المرتهن والعدل، من جهة، وحيازة الغير، من جهة اخرى . والراى انه يجب الاعتماد على النظرية الذاتية في تحديد العلاقة القانونية لحيازة الدائن المرتهن او العدل تجاه الراهن . والتمييز بين حق الملكية وحق الرهن ، والتمييز بين العلاقة التي تربط الدائن المرتهن بالراهن والعلاقة التي تربط هذا الدائن المرتهن او الراهن بالعدل .

وباختصار ان حيازة الدائن المرتهن بالنسبة لحق الرهن هي حيازة قانونية (1)

---

(1) اساسها نص المادة 948 مدني التي تقول : ". . .يسلم الى الدائن او الى اجنبي يعينه المتعاقدان شيئا يرتب عليه (للدائن) حقا عينيا" MAZEAUD.P.83,n°74

./.

اما حيازته بالنسبة لحق الملكية فهي حيازة عرضية (1) اعتمادا على النظرية الذاتية لانه لا ينوى حيازة الشيء بنية الامتلاك آن التعاقد او التسليم .

اما حيازة العدل فهي دائما تكون عرضية فهو يحوز الرهن لحساب الدائن المرتهن ويحوز حق الملكية لحساب الراهن .

وفيما يتعلق بالغير فيجب الاعتماد على النظرية الموضوعية ، فكل من تصرف في الشيء يفترض انه هو المالك ما دام انه تحت حيازته الا ان يثبت العكس ، مما يستوجب حماية المتصرف اليه (اى الغير) حسن النية .

- <u>البند الثاني</u> : تعريف الحيازة .

لم يتناول التشريع الجزائرى تعريف الحيازة على النحو الذى فعلته بعض التشريعات (2) . .

غير ان استاذنا على سليمان يقول (3) بان الفقه حاول تعريفها بما يلي : " انها سلطة مادية يمارسها شخص على شيء (4) يستاثر به ويقوم عليه بافعال مادية تظهر بمظهر صاحب حق ملكية او اى حق عيني اخر على هذا الشيء "

---

(1) MAZEAUD.P.83,n°74" à l'égard de droit de proprieté la gagiste n'est qu'un détenteur précaire"

(2) يعرف القانون الفرنسي الحيازة في نص المادة 2228 مدني على انها " وضع اليد او الانتفاع بشيء او بحق نحوزه نحن بانفسنا او نمارسه او يحوزه او يمارسه شخص غيرنا لحسابنا" La possession est l détention ou la jouissance d'une chose ou d'une droit que nos tenons ou que nous exerçons par nous mêmes, ou par un autre qui le tient ou qui l'exerce en notre nom".

(3) د.علي سليمان - المرجع السابق - ص 244 . وبهذا المعنى يذهب اليه الاستاذ شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 528 اذ يقول " لا يكفي لواضع اليد ان ينفرد بتغيير سند حيازته بمجرد انصراف نيته الى ذلك . . ." سبق ان اشرنا اليه في البحث - ص 95 .

(4) ثار خلاف فقهي حول تحديد نطاق الحيازة اذان البعض يرى انها لا تشمل الا الحقوق العينية (علي سليمان - المرجع السابق - ص 244 . اما البعض الاخر فيرى بانها قد تشمل ايضا الحقوق الشخصية (السنهورى - ج 3 - ص 720) فقرة 424 .

./.

ويقول بالتالي ان " الحيازة مظهر خارجي يحميه القانون في ذاته مفترضا ان الحائز صاحب حق ، سواء كان يستند في حيازته حقيقة الى حق او لا يستند الى حق ، فالحائز للشيء يعتبر هو صاحب الحق عليه حتى يثبت العكس" .

وطبقا لهذا التعريف فان حيازة الراهن هي سلطة مادية على الشيء بقصد ممارسة عليه حق عيني تبدي ولذلك يوجب عليه ان يقوم بافعال تظهر للعيان بمظهر صاحب هذا الحق كما سنرى في شروط الحيازة .

- <u>البند الثالث</u> : اساس الحيازة والحكمة التي تقررت من اجلها في الرهن .

القاعدة العامة في العقود بان اتفاقات الافراد لا تلزم الا اطرافها ومن في حكمهما من خلف عام او خلف خاص، عندما يكون الحق الناشئ من الاتفاق الاصلي من مستلزمات الشيء او كان يعلم به وقت انتقال الشيء اليه (المادة 109 مدني) (1) .

وعلى ذلك فلا يجوز ان تكون اتفاقات الافراد مضرة بالغير ، ولكي لا يتذرع الغير بعدم علمه بتصرف الذى اجراه السلف وهو مستندا الى نص المادة 109 مدني حرص المشرع ان يوفر له هذا العلم بفرض انتقال الحيازة من يد الراهن الى المرتهن او الى العدل .

بالاضافة الى هذا ان ترك الشيء المرهون تحت يد الراهن يمكن ان يوهم الغير على ان المدين مليء وهو ليس على حقيقته .

اذن نخلص من كل هذا ان حماية الغير هو الاساس الذى تستند اليه الحيازة والحكمة منها .

---

(1) احمد وحيد سوار - مطبوعة في مصادر الالتزام - لطلاب الفصل الثالث ليسانس كلية الحقوق بالجزائر - سنة 1972 - ص 62 وما بعدها .

./.

ومتى خرجت حيازة الشيء المرهون من يد الراهن انتفي مع هذا الخروج خطر تلاعب المدين بحقوق الغير وتوافرت بالتالي الحماية اللازمة لهذا الاخير . بحيث تشل يد الراهن من التصرف في المال المرهون ثانية، بالبيع يحرم بذلك الدائن من التنفيذ عليه . او بالرهن ضمانا لدين اخر الا بقدر ما يمكن استيعاب هذا الشيء من الضمان (1) .

- البند الرابع : دور الحيازة في الرهن .

لا شك ان المشرع لم يميز بين الرهن المدني والرهن التجارى من حيث اشتراط انتقال الحيازة لنفاذ الرهن تجاه الغير . ذلك لانها تلعب دور الاشهار ويظهر هذا الدور في رهن المنقول خاصة (2) لان طبيعة المال تقتضي اتخاذ اجراءات خاصة به، ذلك لسهولة اخفائه والتصرف فيه للغير الذى يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول عندما يكون هذا الغير المتصرف اليه حسن النية (م 2/970 مدني) .

وبجانب وظيفة الاشهار، ان للحيازة مميزات اخرى حيث تمكن الدائن المرتهن من حبس العين المرهونة الى حين استيفاء دينه من المدين كذلك تمكن المرتهن من المحافظة على الشيء وادارته واستغلاله .

---

(1) محمد وحيد سوار - (الحقوق العينية ج 11) ص 205 - السنهورى - ج 10 - ص 787 . عبد الفتاح عبد الباقي - فقرة 442 اشار اليه السنهورى في حاشية ص 787 . علي سليمان . ص 562 . شمس الدين الوكيل - ص 482 .

(2) محمد وحيد سوار (الحقوق العينية) المرجع السابق - ص 205 - حيث يقول" تظهر اهمية الحيازة في المنقول اكثر من العقار بحيث تكون هي الوسيلة الوحيدة للاشهار" .

./.

وان كانت اهمية الحيازة تظهر بوضوح في رهن المنقول فان هذه الاهمية تظهر بصفة اخص في الرهون التجارية حيث لا تشترط الكتابة كما هو عليه في القانون المدني وبالتالي فان الحيازة هي الشكلية الوحيدة التي تسهل للدائن اثبات حقه على المدين دون معاناة (1) .

هذا وبالرغم من هذه الاهمية التي تحققها الحيازة فانها لا تخلو من نقد من طرف بعض الفقهاء (2) حيث يرون ان التمسك والحفاظ على نظام الرهن الحيازى ما هو الا عبارة عن تقليد تاريخي موروث من القوانين التي لم تعرف وسائل الشهر العقارى الحديث، ونادى بالاقتداء بالتشريعات الحديثة التي تخلصت من شرط الحيازة في رهن المنقول، والاستعاضة عنها بوسيلة اخرى ابسط مع تحقيق نفس الغرض على غرار ما تقرر بالنسبة لرهن السفن والطائرات. والمحال التجارية والعربات الميكانيكية، والافلام السنمائية والالات وادوات التجهيز اذ ان هذه الاموال ترهن حديثا دون حاجة الى انتقال حيازتها (ـ) .

ومهما بلغت اهمية هذا الانتقال فان تشريعنا قد جعل من الحيازة شرطالنفاذ الرهن في تجاه الغير. مما ينبغي دراسة شروطها .

<u>المطلب الثاني</u> : شروط الحيازة .

لا يعتد بالحيازة الا اذا تحقق الغرض منها وهذا الغرض يستمد من وظيفتها والدور الذى تلعبه في الرهن، وقد سبق ان قلنا ان للحيازة وظيفة

---

(1) - MICHEL Carbrillac, Regime général du gage commerçial; J.C.C F.A.1.1981, n° 24.

ويقول الاستاذ تناغو ـ ص 397 فقرة 145" ونظرا للطبيعة الخاصة للمنقول فان الحيازة تلعب بالنسبة له دورا يتخطى النفاذ في حق الغير فهي تؤثر في وجوده وانقضائه" ذلك لان الرهن الوارد على ملك الغير يكون غير صحيحا ومع ذلك اذا كان الدائن المرتهن حسن النيةوقت انتقال الحيازة اليه كان له ان يتمسك بحقه في الرهن في مواجهة المالك الحقيقي ـ فالحيازة في هذا الفرض تؤكد للمرتهن وجود الرهن وليس فقط مجرد نفاذه .

(2) د. علي سليمان ـ المرجع السابق ـ ص 562 .

./.

اشهارية بمقتضاهـا ينتبه الغير على وضع المرهـون فتشل بذلك يد المدين مـن استخدام الشيء مرة ثانية ضمانا لدين اخر عليه او على غيره (1) .

وبناء على ما سلف يستوجب في الحيازة توافر الشروط الاتية :

- ان تكون ظاهرة وحقيقية .

- وان تبقى مستمرة .

وسنوالي شرح هذه الشروط فيما ياتي :

البند الاول : الحيازة الظاهرة .

هذا الشرط اقتضته وظيفة الحيازة ذاتها التي هي تقوم بمهمة العلانية وهو يقتضي بدوره الاستيلاء المادى للشيء المرهون من قبل الدائن او العدل . بحيث تكون حيازة اى منهما حيازة فعلية سواء اكانت حيازة مادية ام رمزية (2) .

والحيازة الظاهرة تقتضي ايضا ان تكون واضحة لا لبس فيها ولا غموض حتى يكون الغير على علم تام بان الشيء الذى تحت حيازة الدائن او العدل عليه حق الرهن (3) . هذا وكما ذكرنا من انه لا يشترط ان تكون الحيازة حقيقية او فعلية كانتقال الحيازة من السلف الى الخلف الخاص بتسليم مادى للشيء بل يكفي ان يتم الانتقال رمزيا (4) كتسليم سندات الشحن وسندات البضائع المودعة في المخازن العمومية (5) هذا ما نصت عليه المادة 813 مدني التي تقضي بما يلي :

---

(1) د. اكثم امين الخولي - الوسيط في القانون التجارى - ج 4 " العقود التجارية " ط 1958 مصر - ص 419 .

(2) يميز الاستاذ تناغو بين الحيازة الحقيقية والحيازة الفعلية في ص 385 من المرجع السابق .

(3) د. علي سليمان - ص 563 وايضا ميشيل كاربيلاك Michel Carbillac المرجع السابق فقرة رقم 58 حيث يقول : "la depossession pour donner naissance au privilège, doit être effective, apparente depouvue de toute equivoque"

(4) د. محمد وحيد سوار، الحقوق العينية المرجع السابق ص 205 وراجع ما سياتي ص 204 .

(5) يلاحظ ان التسليم الرمزى قد لا يكفي في بعض الاحيان كما هو الشان في رهن سند النقل البرى ان كان السند اسميا، اذ لا يعتبر بذاته نقلا لحيازة البضاعة لانه لا يحول بذاته دون تسليم البضاعة الى المرسل اليه عند وصولها الى المكان ولذلك يجب على الدائن المرتهن ان يتقدم الى الناقل ليخطره بالرهن وليمارس=

./.

" تسليم السندات المعطاة عن البضائع المعهود بها الى امين النقل او المودعة في المخازن (1) العمومية تقوم مقام تسليم البضائع ذاتها . غير انه اذا تسلم شخص السندات وتسلم اخر البضائع ذاتها وكان كلاهما حسن النية فان الافضلية تكون لمن تسلم البضائع" .

اما التسليم الحكمي المعمول به في البيوع فقد اثار خلافا بين الفقهاء اذ البعض يرى بعدم جوازه في الرهون المنقولة مهما كانت صورته .

اما البعض الاخر فيرى بجواز بعض صور التسليم الحكمي دون بعض الصور الاخرى ولكي يتضح لنا الامر نورد الامثلة الاتية :

= حقه في توجيه البضاعة بمقتضى حيازته لمستند النقل فيخطره بعدم التسليم البضاعة الى المرسل اليه بل يسلمها اليه هو او الى من ينوبه عنه في ذلك ، وذلك كله طبقا للقواعد العامة في حوالة الحق ، راجع اكثم امين الخولي ، الوسيط ، المرجع السابق ص 420 ، وراجع ص 204 من هذا البحث لترى الجدل الفقهي الذى ثار حول تقييم حيازة السند المثبت للدين ونوعية السند الذى تتم به الحيازة .

(1) نظم المشرع الفرنسي المخازن العمومية بمرسوم صادر بتاريخ 6/4/1945 فبفضل انشاء هذه المؤسسة في القرن 19 واعادة تنظيمها بهذا المرسوم اصبح للتاجر ان يودع بضائعه في المخزن العمومي ويحصل من هذا الاخير على سندين مقتطعين من السجل الاصلي للمخزن ، فالورقة الاولى تسمى وصلا وهي تثبت ملكية البضائع وتباع البضاعة بتسليمها الى المشترى اما الورقة الثانية تسمى WARRANT فهي ملحقة بالورقة الاولى وبمقتضى هذه الورقة يكون بامكان رهن البضائع دون نقلها من المخزن ، وبنقل هذه الورقة يصبح المخزن يحوز لصالح الدائن المرتهن . وهذا السند يتم نقله بالطرق التجارية .

اما نحن في الجزائر فتسمى هذه المؤسسة المؤسسة الوطنية للعبور والمخازن العمومية SONATMAG فهي تقوم بعملية التخزين بكل اشكاله "Entrepots sous Douanes, libre, Frigrifique, Warrantage, etc.

وبجانب هذا فانها تقوم بخدمات اخرى غير التخزين" .

./.

- الحالة الاولى : قد يكتسب الدائن حق الرهن على الشيء ويبقى مع ذلك تحت تصرف المالك بصفته مستاجرا له .

- الحالة الثانية : قد يكون الشيء لدى الدائن بصفته مستاجرا او مستعيرا له ثم يكتسب حق الرهن عليه وهو تحت حيازته .

فاذا كانت الحالة الاولى لن تثير اشكالا بين الفقهاء في عدم جواز الاحتجاج بهذا الرهن ضد الغير فان الحالة الثانية قد اثارت خلافا بينهم اذان البعض منهم يرى بعدم جواز الاحتجاج بهذا الرهن ضد الغير لعدم توافر شرط العلانية (1) .

اما البعض الاخر (2) فيرى انه طالما تبدلت صفة الدائن من مستاجر او مستعير الى دائن مرتهن وهو يحوز الشيء المرهون ،فان تغيير الصفة تكفي للاحتجاج بالرهن في مواجهة الغير . لان المطلوب هو الحيازة الحقيقية .

وفي هذا الصدد يقول الاستاذ تناغو ما يلي " اذا كان المنقول في حيازة المرتهن من قبل مستاجر او مستعير ،ثم تغير سند حيازته فصار مرتهنا فان التسليم في هذه الحالة يكون حكميا ومع ذلك فان الحيازة تعتبر حقيقية .

ولكن الصورة العكسية للتسليم الحكمي وهي ان يبقى الشيء المرهون في حيازة المالك الراهن بصفة مستاجر مثلا ،فهي لا تؤدى الى حيازة المرتهن الحقيقية ،ولا تؤدى الى نفاذ الرهن في مواجهة الغير" .

اذن طبقا لهذا الراى ان التسليم الحكمي الذى لا يصح الاحتجاج به ضد الغير هو ذلك الذى يتعارض مع نص المادة 961 مدني التي تستوجب نقل الحيازة الى الدائن او الى اجنبي ارتضاه المتعاقدان .

---

(1) شمس الدين الوكيل - ص 482 - انسكلوبودى ي اللوز .ج2- ص 855 بند 76 .
(2) تناغو : المرجع السابق - ص 385 .

./.

وبناء على هذا الرأى ايضا فان العلانية لا تتحقق بالوسيلة التي تتم بها نقل الحيازة ولا بالميعاد الذى دخل الشيء تحت حيازة الدائن او العدل انما تتم هذه العلانية بواقعة الحيازة ذاتها ، وطالما ان هذه كانت بين يدى الدائن فان ذلك يكفي لصحة الاحتجاج بالرهن ضد الغير .

وفي نظرنا ان هذا الراى الاخير هو اقرب الى المنطق وموافقا لما نص عليه القانون في المادة 961 مدني ، لان هذه المادة لم تمنع وجود الشيء المرهون آن التعاقد بين يدى الدائن المرتهن بأى سبب من الاسباب ثم يتغير سببه بابرام عقد الرهن عليه ، فكل ما تطلبته هذه المادة هو كون وجود الشيء المرهون تحت رقابة الفعلية للمرتهن وحيازته عندما يريد الاحتجاج به ضد الغير ، اى ان الحقوق التي ينشئها الراهن للغير على الشيء المرهون ، وهو تحت حيازة الدائن المرتهن ، لا تسرى تجاهه ولا يعطل حق الرهن .

وفي الحقيقة ان واقعة الحيازة ذاتها تكفي لتنبيه الغير عن وضعية الشيء المرهون ، وعليه فكان من الواجب عليه ان يتفحص الأمر عن قرب ، اذ بامكانه التعرف عن وضعية الشيء من الحائز نفسه وبذلك يتحقق شرط العلانية .

وشرط العلانية يتحقق متى كان الغير عالما بوضعية الشيء او كان بامكانه ان يعلم لو بذل قدرا من الجهد طبقا لما تقرر في القواعد العامة التي يتحدد به معيار حسن النية .

ونعتقد في هذه الحالة ان هذا الغير غير مهتم او كان مهملا فلا يحق ان يستفيد من خطأ ارتكبه هو .

وبهذا المعنى يقول الاستاذ على سليمان : " فقد تكون الحيازة ظاهرة للعيان لا يخفيها الحائز على احد ومع ذلك يجهل ذو مصلحة وجودها اما لعدم اهتمامه او لعدم يقظته او لغبابه ، فلا تكون الحيازة حينئذ مشوبة بعيب الخفاء " (1)

---

(1) د. علي سليمان : المرجع السابق - ص 254 .

./.

اذن فالمعيار المعمول به في توافر شرط العلانية هو معيار مادى وهو الا تكون الحيازة مشوبة بالخفاء؛ وعليه فالتسليم الحكمي المقرون بوجود الحيازة تحت يدى الحائز يمكن الاحتجاج بهذا الرهن تجاه الغير ليس استنادا الى مجرد تغيير صفة الحائز من الحيازة العرضية الى الحيازة القانونية ولكن استنادا الى الحيازة الحقيقية التي بين يدى المرتهن .

اذ لو كان الغير غير عالم بتغيير سبب حيازة الدائن فبامكانه ان يعلم لو بذل شيئا من الاهتمام واليقظة مما يبذله الرجل العادى ،

وطالما ان الحائز لو سئل لم يخف (1) وضعية الشيء فلا سبيل لهذا السائل ان يتذرع بقاعدة عدم الاحتجاج عليه بحجة انه لم يعلم بوضعية الشيء المرهون .

هذا ومن الواضح انه لا فرق فيما اذا انتقلت الحيازة الى الدائن المرتهن نفسه ام انها قد انتقلت الى شخص اجنبي ارتضاه المتعاقدان ،غير ان انتقال الحيازة في كل حالة قد لا تكفي الا اذا توافر فيها شرط الظهور والعلانية التي تكفي لاعلام الغير بوضعية الشيء المرهون ، وبذلك قضى القضاء الفرنسي في مواضيع عديدة منها حالة انتقال الحيازة الى العدل (2) وتسليم مفاتيح المخزن ، والمحل الذى اختزنت فيه الاشياء المرهونة ووضع العلامة على الشيء ؛ بحيث يفيد بان الشيء قد تعلق به حق رهن ؛ وتاجير المدين الراهن محلاته او مخازنه (التي وضعت فيها البضائع المرهونة) للدائن المرتهن او العدل (3) .

---

(1) د.علي سليمان يقول بهذا الصدد " وتعتبر حيازة الحائز مشوبة بعيب الخفاء اذا كان يخفيها على الناس وعلى الاخص عمن هم ذو مصلحة في العلم بها ويستوى ان يتعمد الحائز اخفاء حيازته او ان يخفيها عن غير عمد " ص 254 .

(2) -Cass.Comm.3/11/1980.J.C.P.IV.P.31. (J.C.P. 1981. N.P.31.)

(3) - Cass.Comm.12/11/58 et ch des requette28.5.1910.
GABRICAL.J.C.Com.Faxicul A n° 42.
- cass.comm.5/2/72.J.C.P.1979.IV.P.124.
- CABRILAC.J.C.Com.F.A.n° 44.

./.

فهذه الاوضاع كلها ما هي الا مظاهر قد لا تكفي وحدها للاحتجاج بالرهن ضد الغير الا اذا تكاملت بعناصر اخرى (1) يتحقق من ورائها الغرض من الحيازة .

وموقف القضاء الفرنسي يتغير بحسب الاوضاع والظروف الواقعية للحيازة فتارة يقضي بان مظهرا واحدا من هذه المظاهر التي اعددناها يكفي بان يتوافر بهما شرط الحيازة الحقيقية ، وتارة اخرى يستوجب في توافر الحيازة الحقيقية والظاهرة ان تكون هذه العناصر مقترنة بعناصر اخرى (2) .

اذن وكما ذكرنا ان المعيار المتخذ في هذا الشان هو معيار موضوعي يتحقق بتوافر الحيازة الفعلية التي تمكن الغير من الانتباه الى وجود الرهن على الشيء ،فتحول بالتالي بينه وبين المدين في استخدام الشيء المرهون من جديد بقصد الحصول على ائتمان جديد .فان حققت الحيازة هذا الهدف فبها والا فلا (3) وللقاضي سلطة تقديرية في الموضوع (4) .

وبهذا انتهى من شرط الحيازة وننتقل الى الشرط الثاني وهو شرط استمرارها .

---

(1) د. اكثم امين الخولي ، الوسيط في القانون التجارى - ج 4 ، العقود التجارية - ط 1958 - مصر - ص 414 ومابعدها فقرة 356 .

(2) حكم محكمة انجيرANGRES الصادر بتاريخ 1963/12/13 قد اعتبر انه مجرد تسليم شهادة اصالة لجواد السباق Certificat d'origine يكفي بان تتوافر الحيازة الحقيقية .

ثم في قضية مشابهة قضت المحكمة التجارية لمدينة AVIGNON بتاريخ 63/12/13 بان مجرد تسليم البطاقة الرمادية لسيارة لا يكفي لاعتبار وتحقق الحيازة الفعلية . واشار الى الحكمين الاستاذ :

- CABRILLAC.J.C.Com.1.1981,n°42 et 44
- R.T.D.Comm.1964.P.377.n°8
- GAZ.PAL.1964.1.251.
- Foyer, Hamel.Paris, 1953.P.71.n°4

(3) الاستاذ اكثم امين الخولي - المرجع السابق - ص 414 ، وما بعدها بند 356 .

(4) د. سمير تناغو - المرجع السابق - ص 385 .

./.

البند الثاني : استمرار الحيازة .

سبق ان بحثنا الشرط الاول من شروط الحيازة، وهو ان تكون ظاهرة وواضحة لا لبس ولا غموض فيها ، غير ان توافر هذا الشرط لا يجدى نفعا للدائن المرتهن الا اذا كانت هذه الحيازة مستمرة تحت يديه او لدى العدل وحماية الغير من الانخداع (1) قد لا يتحقق الا بتوافر هذا الشرط الثاني وهو بقاء الشيء المرهون لدى المرتهن طول مدة الرهن .

وعلى ذلك فان حدث ان فقد الدائن حيازته يفقد معها امتيازه على الاغيار او الكافة .

غير ان الدائن قد يفقد الحيازة بصفة موقتة لصالح الراهن او لصالح الشيء المرهون نفسه، كما يمكن ان يفقد الحيازة ضياعا او غصبا عنه . فما هي الحلول القانونية لهذه الاوضاع؟ ذلك ما سوف نعرفه في الموضوع التالي :

---

(1) - CABRILAC, Régime générale du gage commerçial.J.C.commer;1 1981, n°45" la reprise par le debiteur du bien donné en gage pourait tromper les tiers en lui laissant croire qu'il fait parti de l'actif de ce dernier, ausi serait mise en echec la fonction publicitaire du dessàisissement".

- وايضا فوى Foyer المرجع السابق - ص 77 .
وراجع خلاف ما هو معمول به في الشريعة الاسلامية : حيث يرى الشافعية ان حبس الرهن ليس على وجه الدوام، وانه يجوز للراهن استرداد العين المرهونة، للانتفاع بها نهارا والرد الى المرتهن ليلا ، اشار الى هذا الراى الاستاذ محمد وحيد سوار - المرجع السابق (الحقوق العينية) ص 207 - نقلا عن فيض الله - ف 336 - ص 354 .

./.

المطلب الثالث : رجوع الشيء المرهون الى الراهن .

تقضي المادة 952 مدني بما يلي " اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن ، الا اذا اثبت الدائن المرتهن ان الرجوع كان بسبب لا يقصد به انقضاء الرهن كل هذا دون اخلال بحقوق الغير" (1) .

فطبقا لهذا النص ليس المهم ان تنتقل الحيازة من المدين الى المرتهن او العدل فحسب بل يجب ان تبقى الى حين استيفاء الدين .

لذلك فقد رتب المشرع عن واقعة رجوع الشيء الى الراهن قرينة بسيطة على ان الرهن قد انقضى (2) .

---

(1) يقول الاستاذ تناغو ـ المرجع السابق ـ ص 385 " ان المقصود في هذا النص وهو ماخوذ من القانون الفرنسي وضع حد للعادات التي كانت تجري في روما ومن الممكن ان تجرى في اى مجتمع ، من انتقال الحيازة فعلا من الراهن الى المرتهن ، ثم عودتها بعد ذلك الى الراهن بصفة اخرى باعتباره مستاجرا من المرتهن مثلا . وهو ما يؤدى الى زيادة ضمان الراهن دون حق ، ويؤدى الى الاضرار بحقوق الغير الذى يتعامل مع الراهن على اساس ان الشيء في حيازته خال من كل حق عليه" .

(2) كما ان القضاء الفرنسي يلغي الرهن عندما لا يحتفظ الدائن او العدل بحيازته ومن ذلك الحكم الصادر : -Cass.Civ.9/4/1894.D.P.94.1.409
note Boistel, à propos de la remise du connaissement au debiteur qui avait ainsi pu retirer la marchandise engageé

اشار اليه الاستاذ : - CABRILAC. FA. n° 45

ـ وفي نظرنا ان نص المادة 952 مدني يصلح في التشريعات التي تجعل من وزن الحيازة بمثابة ركن وتجعل بالتالي الرهن الحيازى من العقود العينية اما نحن فطالما ان عقد الرهن رضائي ، فلا نرى مبررا افتراض انقضاء الرهن بمجرد رجوع الشيء المرتهن . وسنعود الى هذا الموضوع فيما بعد .

./.

وبما ان رجوع الحيازة الى الراهن لا يقصد بها دائما التنازل عنها بصفة دائمة، فمن طبيعة الحال بان يقدر هذا الاعتبار ويترك بالتالي الباب مفتوحا للدائن بان يدحض هذه القرينة باثبات على ان هذا التنازل كان نتيجة غصب او لضرورة ملحة تخص طبيعة الشيء المرهون مثلا، وعلى ذلك فان اثار واقعة الرجوع تختلف باختلاف الحالات،

اذ ينبغي معرفة فيما اذا كان التنازل بارادة الدائن ام غصبا عنه . وينبغي معرفة ما اذا كان التنازل ابديا ام انه موءقتا فحسب، ويجب التمييز فيما اذا كان يراد الاحتجاج بالرهن ضد الراهن ام تجاه الغير .

ففي حالة ما اذا رجع المرهون الى الراهن بارادة الدائن فالمشرع قد اقام قرينة بسيطة على ان الدائن قد تنازل عن حقه في الرهن ويكون لهذا الاخير ان يثبت ان للرجوع سببا اخر غير التنازل ، ومن ثم يبقى الرهن ساريا تجاه الراهن، ولكن لا يمكن الاحتجاج به ضد الغير . وعلى ذلك فان حدث ان اكتسب الغير حقا على المرهون، وهو حسن النية ، خلال مدة الاستعادة ،كان يقوم الراهن ببيع الشيء المرهون او رهنه من جديد، فان هذه التصرفات تكون سارية تجاه الراهن وتكون ايضا سارية تجاه الغير، ان حاز المرهون،(بما فيهم الدائن المرتهن (الاول) الذى فقد حيازته) والعكس فان إسترجع الدائن المرتهن الشيء تحت حيازته فان رهنه لا يسرى تجاه الغير، (بما فيهم الدائن المرتهن (الثاني) الذى اكتسب حق الرهن على الشيء خلال فترة الرجوع) الا ابتداء من تاريخ الحيازة الجديدة .

وبطبيعة الحال فان كان الشيء مرهونا لشخص اخر خلال مدة الرجوع ، فانه لا يمكن تصور استرجاع الشيء مرة ثانية تحت حيازته وهو عليه حق الرهن الا على سبيل الحيازة المرضية،كما سبق ان اشرنا ، ونكون امام وضع يحوز فيه الدائن الشيء بصفته اصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره، الا ان مرتبته تتحدد من تاريخ الحيازة الجديدة .

./.

واما الدائن العادى للراهن،لا يجوز له في نظرنا ان ينفذ على الشيء المرهون،خلال فترة الرجوع،الا اذا كان حسن النية، وذلك على خلاف الراى القائل بان للدائن العادى ان يتجاهل حق الدائن المرتهن على الشيء (1) وينفذ عليه دون اى اعتبار اخر .

لان تطبيق هذا الراى يؤدى الى نتيجة غير معقولة تجعل اثر الالتزام الحق الشخصي اوسع نطاقا من الحق العيني .

فبما ان كل من يكسب حقا عينيا خلال فترة الرجوع يشترط فيه حسن النية،فمن باب اولى ان يشترط حسن النية فيمن كان له سوى حقا شخصيا على المدين الراهن .

هذا وان كانت القاعدة تقضي بان عودة المرهون الى الراهن يؤدى الى انقضاء الرهن ، افتراضا ، ويترتب بالتالي عدم الاحتجاج به ضد الغير . فان الضرورات العملية قد خففت من هذه القاعدة حيث يتجه الفقه وتبعه القضاء باحكام عديدة تقضي بعدم انقضاء الرهن ويحتج به ضد الغير،على الرغم من عودة الشيء المرهون الى الراهن،في احوال معينة ناتي بذكرها فيما يلي :

<u>البند الاول</u> : تنازل الدائن عن الحيازة للراهن تنازلا مؤقتا .

قد يحدث ان يقع التنازل من الدائن ، لا يقصد به انقضاء الرهن بل لتحقيق مصلحة متعلقة بالدائن ذاته،او بالمدين،او بطبيعة الشيء المرهون ، ولذلك فلا ينقضي حقه في الرهن ويمكن الاحتجاج به ضد الغير (2) .

---

(1) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 489 .

(2) سوار - المرجع السابق - ص 207 .

. / .

ولكي لا يسيء الدائن في استعمال هذه المكنة،فقد حاول القضاء ادخال قيود عليها باشتراطه ان يكون التنازل لمدة قصيرة وحاجة ملحة وتتلخص هذه الشروط فيما يلي :

أ) الا يتعسف في الالتجاء الى مكنة الاسترجاع الى حد يضر بحق الغير الذى يتولد لديه الاعتقاد على ان الشيء لم يتعلق به حق الرهن (1) .

ب) ان يكون الاسترداد سالما من الغش(2) ويكون كذلك متى كان لازما اقتضته المحافظة على الشيء تحقيقا لمصلحة الراهن والمرتهن معا .

اما اذا كان الاسترداد لم تستلزمه المحافظة على الشيء او الصيانة، او كان يحقق مصلحة المدين وحده ،فلا سبيل الى القول ببقاء الرهن،لذلك قضت محكمة النقض الفرنسية بانهاء الرهن الذى كان سبب استرجاع المدين الراهن سيارته المرهونة من الدائن المرتهن لمجرد حاجته في ان يظهرها للجمهور في احدى المعارض.

وعلى ذلك فمتى كان الاسترداد غير متعسف فيه ،وكان سالما من الغش، يكون الرهن باقيا ويحتج به ضد الغير كما لو كان الشيء تحت حيازته .

وتطبيقا لما قلناه،ان اعادة الشيء بقصد الصيانة وتسليم المرتهن

---

(1) - Cass.Civ.21/3/1938.GAZ.Pâl.1938-2-13
- CARBRILAC, Régime général de gage.commer.J.C.Comm.n°48

(2) - Cass.Civ.25/11/1891.D.P.92.1.505.
- Cass.req.8/10/1898.S.99.1.172.

اشار الى الحكمين الاستاذ كاربيلاك - المرجع السابق - رقم 48 ،وبهذا المعنى يقول الاستاذ محمد وحيد سوار - ص 206 .

./.

الى الراهن سندات لحاملها بقصد الحضور في الجمعيات العمومية التي تعقدها دوريا الشركة والتصويت فيها (1) لا يمكن ان تؤدى هذه الحالات الى انقطاع الرهن ، ذلك لضرورات عملية اقتضتها هذه الاعمال .

وبالتالي فان حدث في مثل هذه الحالات اعسار او افلاس للمدين او حجز على امواله ، لسبب اخر ، في هذه المدة لا يشمل الحجز هذا الشيء المرهون ، لان الاسترجاع الموقت من الراهن لا يفقد الدائن حقوقه ،

غير انه يجب على الدائن ان يسترد الشيء قبل ان يتصرف فيه المدين ، وعليه ان يلتزم الحيطة والحذر طول مدة الاسترداد ، اذ انها عملية محفوفة بالمخاطر من حيث انه قد يتصرف في المنقول المدين الراهن ويصطدم بالتالي بحائز للمنقول توافرت لديه شرائط الحيازة (من سبب صحيح وحسن النية) فيحتمي بنص المادة 3/970 التي تنص على انه يجوز "لكل حائز حسن النية ان يتمسك بالحق الذى كسبه على الشيء المرهون ولو كان ذلك لاحقا لتاريخ الرهن" .

---

(1) سوار - المرجع السابق - ص 207 .
- وراجع الحكم الصادر من محكمة استئناف باريس بتاريخ 1908/03/17 ، اشار اليه الاستاذ Jean Guyenot. La constitution et la réalisation du gage des valeur mobilieres.R.T.D.Comm.1961.P.289,n°27

اذ يقضي هذا الحكم بجواز ارغام المرتهن بان يتخلى عن الحيازة لكي يسمح الراهن ان يستعمل حقوقه في الاكتتاب ولا يفقد المرتهن بهذا التخلي حقه حيث تعتبر الحيازة في هذه الفترة اللازمة لاستعمال الراهن حقوقه وكانها مستمرة .

غير ان الاستاذ : DIMOGUE.R.T.D.Civ.1904.P.248.
فهو يميز بين حالة الذى يكون فيها الراهن ملزما بان يحوز الشيء المرهون (مثلا السندات) للممارسة حقوقه كان يحضر في الجمعيات العمومية التي تعتبر الحيازة فيها مستمرة ولو تخلى عنها المرتهن موقتا . وبين الحالة التي يتخلى المرتهن فيها عن الحيازة لسبب ليس ضروري كحصول الراهن على قسمات encaisser des coupons ففي نظر هذا الكاتب ان التخلي عن الحيازة في هذه الحالة لا مبرر له وبالتالي يودى الى فقدها . اشار اليه الاستاذ جان قينو - 289 P
R.T.D.Com.1961P.289. حاشية رقم 3 .

./.

البنـد الثاني : استبدال الاشياء المخزونـة بمثيلتهـا .

سبـق ان قلنـا ان القضـاء الفرنسي قـد قضى باستمرار الرهـن بالرغم مـــن رجـوع حيـازته الى الراهـن . وذلـك كلمـا كان الاسترداد قد اقتضته الصيانـــة او المحـافظـة على الشيء المرهـون .

وبناء على هـذا المعيـار قد نجـد ان بيع الشـيء المرهـون واستبـدالـه بشيء مثلـه هـو وجـه من اوجـه الصيانـة والمحافظـة عليـه . وذلك كاستبدال القمح الى دقيـق واستبدال المشروبات لكي لا يتغيـر طعمها واستبـدال بعض الاشيـاء قبـل اتلافهـا بتاثيـر كيميـائي فيهـا مثل البطـاريـات والاسبغـة وغيرهـا .

فهـل الاعتـداد بهـذا السبـب للمحافظـة على الرهـن ، يبقي على الرهــــن ؟ فـان نـص المـادة 952 مدني لـم يجب علـى السـؤال ، بـل اكتفى بالقول بـان عــلى الدائـن اثبـات سبب الرجوع علـى انه لا يقصـد بـه انقضـاء الرهـن . ومن هنا يطـرح سـؤال اخر وهو هـل ان الاستبـدال الـذى اقتضته المحافظـة علـى الشيء المرهون يعتبـر سببـا مقنعـا للمحافظـة على الرهـن في قانوننـا ؟

وامام عـدم صراحـة النـص يستلـزم منـا معالجـة الموضوع علـى ضوء اراء الفقهاء ومـا انتهـى اليـه القضـاء فـي فرنسـا .

- اما موقف القضاء في فرنسـا فانه باخـذ بفكرة الاستبـدال ولقرها ، ويعتبر احـلال الاشيـاء الجـديـدة محـل الاشيـاء القديمة بمثابـة استمرار للرهـن القديم وليس انشاء لرهـن جـديـد . ذلـك بحكم القـانـون (1) ، وعلى اسـاس فكـرة الحلول العينــي (2)

---

(1) CABRILAC.J.C.C.FA.1981,n°51" pour la cour cassation, le privilège passe de plein droit des marchandises alienée a celle qui leur sont substitues c'est donc le même gage qui persiste a travers le renouvellements du stock.
- Cass.Req.10/3/1915.D.P.1916.1.242.et S.1916.1.5. note Lyon com.

(2) اشير اليهـا من طرف الاساتذة :
- Angers.21.2.1936.S.1936.2.76.
- CABRILAC.F.A.n° 51
- اكثم امين الخولي - المرجع السابق - ص 421 .
- MAZEAUD.P.80.

./.

لكن موقف القضاء هذا قد تعرض لنقد حاد من طرف بعض الفقهاء الفرنسيين (3) على اساس انه مخالف للقانون ، وانه طالما ان الحكم يشترط في الشيء ان يكون مثلي فلا حاجة له ان يستند لفكرة الاستبدال على فكرة الحلول العيني .

---

(2) عرضت قضية الاستبدال لاول مرة على محكمة Bastia بتاريخ 1912/7/9 ثم عرضت بعد سنوات على محكمة النقض الفرنسية (غرفة العرائض) بتاريخ 1915/3/10 اثر واقعة ملخصا : ان كمية من القمح مودعة في احدى المخازن العمومية . واتفق الطرفان على استبدال القمح المخزون بكميات مماثلة منعا من فسادها مع مرور الزمن وقد حدث في فترة الاستبدال ان افلس المدين الراهن ، فادعى البنك الفرنسي حامل السند بامتياز الدائن الذى نقل له سند التخزين عن طريق الخصم استنادا الى ما نصت عليه المادة 8 من قانون 28 ماى 1858 . غير ان هذا الادعاء تلقاه اعتراض بعض دائني المدين ووكيل التفلسة ، وقد رفضت محكمة النقض ما اعترض به من ان امتياز المرتهن قد انقضى تطبيقا للقواعد العامة في القانون المدني والتجارى التي تقضي بانه اذا رجع المرهون الى حيازة الراهن انقضى الرهن (النص منقول حرفيا من الاستاذ اكثم امين الخولي - المرجع السابق - ص 421) .

ونظرا لاهمية الحكم وترجع اليه في الاحوال الاخرى نرى بان ننقل اهم حيثيات منه :

"sur le second moyen, pris de la violation des articles 2073 2076.C.Civ et la loi du 20 avril 1810, en matière commerçiale par l'article 92.C.Com, le privilège ne subsiste sur le gage qu'en tant que ce gage à été mis et resté en possèssion du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties, il n'en est ainsi qu'autant que les objets données en gage sont des corps certaines devant être individuellement restitués, mais que la règle ne peur être applicable dans sa rigueur lorsque les marchandises warrantées sont destiné-es dans l'intention des parties et suivant la convention elle même ** à être remplaceés par d'autres de même nature et en égale quantité, que dans ce cas, lorsque, par l'effet de cette clause emportant respectivement alienation et acquisation, les marchandises sortant du gage elles y sont, en outre d'une subogation réelle, qui trouve son fendement dans leur fongibilité, remplaceés par les marchandises acquises, qui rentrent et restent, comme celles auxquelles elles sont substitueés, dans la possession du créancier" MAZEAUD.P.80

** à être aliénées au fur et à mesure de leur vieillissement et-

اما موقف الفقه المصرى (4) يرى انه بالرغم من عدم وجود النص فانه يجوز الاخذ بفكرة الاستبدال قياسا على نص المادة 1119 مدني مصرى (الذى يقابله نص المادة 971 مدني جزائرى) الذى يقضي "على انه اذا كان الشيء المرهون مهددا بالهلاك او التلف او نقص القيمة بحيث يخشى ان يصبح غير كاف لضمان حق الدائن ولم يطلب الراهن رده اليه مقابل شيء اخر يقدم بدله جاز للدائن او للراهن ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيعه".

فبمقتضى هذه المادة يمكن الاخذ بفكرة الاستبدال حتى في القانون المدني .

وفي هذا يقول الاستاذ اكثم امين الخولي ما يلي " فهذا النص يثبت للراهن وحده (ولو لم يكن هناك اتفاق بينه وبين المرتهن على الاستبدال) الحق في ان يستبدل بالشيء المرهون غيره وله هذا الحق في كل الاحوال التي يكون فيها الشيء المرهون مهددا بنقص القيمة ، ولم يقيد النص مكنة الاستبدال بان يكون الشيء المرهون مثليا .

---

(3) Paulette Veaux Fournerie; Fongibite et subrogation réel en matière de gage commerçial; études Hamel, Paris 1953. Page 126 et suit. n° 11

Les MAZEAUDS. Page 79, n° 65.

(4) اكثم امين الخولي - المرجع السابق - ص 421 .

./.

ويقول ايضا : ان مكنة الاستبدال ثابتة في القانون المدني المصري م 1119 (م 971 مدني جزائري) حتى في الرهن المدني في حدود اوسع منها للقانون الفرنسي ،اذ لا يشترط ان يكون المرهون من طبيعة مثلية ولا ان يكون الطرفان قد اتفقا منذ البداية على جواز الاستبدال (1) ، ويضيف .

غير انه يقابل هذا التوسع ان الاستبدال من جانب المدين وحده لا يجوز الا اذا كان نقص القيمة الذى يهدد الشيء المرهون قد بلغ في الجسامة حدا يخشى معه ان يصبح هذا الشيء غير كاف لضمان حق الدائن . فالاستبدال في المادة 1119 مدني مصرى (971 مدني جزائرى) قد نظر فيه المشرع الى مصلحة المرتهن لا الى مصلحة الراهن .

غير انه اذا كان القانون يقر الاستبدال في الرهن لمصلحة المرتهن في هذا النطاق الواسع فانه ليس من الاسراف في شيء ان نستخلص

---

(1) اكثم امين الخولي - المرجع السابق - ص 422 و 423 .

وبهذا المعنى يقول الاستاذ P.Veaux Fournerie المرجع السابق - ص 126 - فقرة 11 اذ يقول : تعليقا على حكم محكمة النقض بتاريخ 1915/3/10 ما يلي :

" En premier lieu, les parties deveront prévoir le remplacement pour qu'il premette la perennité de la sureté, le débiteur nesaurait a lui seul en prendre l'initiantive au cours du contrat, en second lieu, seul le remplacement par des choses de même genres semble approuvé par la cour de cassation".

./.

بطريق القياس انه يجيز الاستبدال ولو كان مقررا لمصلحة المدين الراهن متى تم الاتفاق عليه بين الطرفين وكان الشيء من طبيعة مثلية، ففي هذه الحدود يجوز الاستبدال ويحتج على سائر دائني المدين الراهن فلا يعتبر انشاء لرهن جديد، وبذلك ينجو من احكام بطلان الرهون الصادرة في فترة الريبة" .

وطبقا لهذا الراى، ان مكنة الاستبدال لا يتحدد مجالها في القانون التجاري فحسب بل يمكن الاخذ بها حتى في الرهون المدنية (1) .

كذلك قد تتقرر مكنة الاستبدال لكل من الدائن والمدين معا . كلما في الامر يجب التمييز فيما اذا كان الاستبدال يخدم مصلحة الدائن ام المدين الراهن فباختلاف الاشخاص تختلف الشروط المطلوب توافرها .

ففي حالة ما اذا كان يراد بالاستبدال الحفاظ على حق الدائن المرتهن يجب ان يكون ضمانه مهددا فعلا بالهلاك او التلف او نقص القيمة وان يبلغ الضرر المتوقع حدوثه حدا من الجسامة يخشى معه انقاص ضمان الدائن .

اما في الحالة الثانية، يجب ان يقع الاتفاق على الاستبدال بين الدائن المرتهن والراهن ويجب ان يكون الشيء من طبيعة مثلية .

ونحن نرى ان هذا الراى جدير بالاعتبار ويمكن تطبيقه في الجزائر طالما انه متفق مع المنطق وغير مخالف للقانون .

غير اننا لا نتفق معه عندما يقول " بان اتفاق الطرفين على استبدال الشيء المثلي (عندما يتقرر الاستبدال لمصلحة المدين الراهن) ويحتج بهذا الاتفاق على سائر دائني المدين الراهن، فلا يعتبر انشاء لرهن جديد وبذلك ينجو من احكام بطلان الرهون الصادرة في فترة الريبة" وذلك لاسباب آتية :

---

(1) وبهذا المعنى Paulette Veaux Fournerie, P.128(étude Hamel)

./.

1 - ان المشرع قد وضع وسيلة في الرهون للمنقول تقوم بوظيفة اشهارية (وهي انتقال الحيازة) حماية للغير من الاغترار بالوضع المالي للمدين الراهن .

وبما ان انتقال هذه الحيازة الى الدائن المرتهن او العدل يتولد عنها وضع يعتمد عليه دائنو المدين وهو ان كل الاموال الباقية (دون تلك التي عليها الرهن) تكون ضمانا عاما لديونه ، واذا به يفاجأ في اخر المطاف بان تلك الاموال التي اعتمد عليها قد استبدلت باموال تلفت او هلكت لا يصلح التنفيذ عليها بحجة ان هناك اتفاق بين الدائن والمدين الراهن .

2 - لو اراد المشرع ان يرق باتفاقات الاطراف الى مستوى الاحتجاج بها ضد الغير لتطلب اشهارها (من الاطراف) حتى يعلم الغير بها بجانب انتقال الحيازة .

3 - ان القول بان اتفاقات الاطراف يحتج بها ضد دائني المدين الراهن لا يتفق مع ما قررته القواعد العامة في العقود ان لها نسبية الاثر من حيث الاشخاص .

4 - ان القول بجواز الاتفاق على الاستبدال للشيء المثلي في حالة التلف او الهلاك ، والاحتجاج بهذا الرهن المستبدل ضد الغير ، معناه جواز نقل تبعة هلاك الضمان من الدائن المرتهن اوالمدين الراهن حسب الاحوال الى دائن اخر مرتهنا كان ام عاديا (لان هلاك الشيء في فترة الريبة لا يقع في الواقع على المدين وانما يقع في الحقيقة على الدائنين العاديين في النهاية ، ومنا يفتح الباب لتلاعب بحقوق الغير المعلقة بذمة المدين) وخاصة عندما يكون المدين في ظروف مالية محرجة .

./.

وعليه فلكي تتجنب حالات الغش والمحاباة فانه ينبغي اقتصار تحديد اثار اتفاقات الدائن المرتهن والمدين الراهن على الاستبدالات التي تحدث قبل فترة الريبة ، اما عمليات الاستبدال التي تقع خلال فترة الريبة فتعتبر بمثابة انشاء لرهون جديدة وبالتالي لا يمكن الاحتجاج بها ضد الغير طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة في هذا المجال .

- البند الثالث : سلب الحيازة .

راينا في الحالات السابقة بان الدائن هو الذى يتنازل عن حيازة الشيء المرهون بارادته ولكن بصفة مؤقتة . اما في هذه الحالة تكون فيها الحيازة قد انتزعت من الدائن او غصبت منه دون ارادته . وبذلك يطرح وبذلك يطرح السؤال ايضا هل تعتبر حالات الفقد او الضياع او الغصب والاكراه سببا مقنعا للحفاظ على الرهن بالرغم من فقد الحيازة ؟

قلنا ان القاعدة العامة (م 952 مدني) تفترض انقضاء الرهن برجوع الشيء المرهون الى الراهن ، لكن يستثنى من هذه القاعدة الاحوال التي يكون فيها الرجوع لاسباب جديدة اقتضتها صيانة الشيء او المحافظة عليه او لاستعمال الحقوق المتعلقة به . وبذلك وان كان الرجوع ارادى من الدائن فانه لا يفقد حقوقه في الرهن مع الحفاظ على حقوق الغير التي قد تنشأ على الشيء خلال فترة الرجوع . وبجانب التنازل الارادى قد يحدث ان يخرج الشيء من حيازة الدائن المرتهن بغير ارادته كان يفقد السيطرة المادية على الشيء بدون ان ينوى التنازل عن حيازته وذلك بعودة الشيء الى الراهن خلسة بدون علم المرتهن او غصبا عنه دون ارادته .

وفي هذه الحالة ايضا لا يمكن القول بانقضاء الرهن بل يحق للدائن المرتهن ان يسترد حيازته من الراهن او من الغير طبقا لما نصت عليه المادة 2/962 مدني التي تحيلنا الى احكام الحيازة المنصوص عليها في

./.

المادة 836 مدني وعلى ذلك فاذا انتقلت الحيازة الى الراهن فلا يثور مشكل في الاسترداد .

اما اذا انتقلت الحيازة الى الغير فيجب التمييز بين امرين :

- اما ان يكون هذا الغير قد حصل على الشيء على سبيل الرهن ضمانا لدين على الراهن، وهو حسن النية فيحتج برهنه هذا ضد المرتهن الاول، وان استرجع المرتهن الاول الشيء الى حيازته فيعتبر رهنا جديدا بالنسبة اليه، يحوز الشيء بصفة اصيلا عن نفسه ونائبا عن غيره .

- واما ان يكون قد حصل على الشيء على سبيل الملكية (كالبيع مثلا) وهنا يجوز للغير الحسن النية ان يطلب ممن يسترد الشيء ان يرد الثمن الذى دفعه متى كان هذا الشراء قد حصل في المزاد العلني او حصل مع تاجر مختص في بيع هذه الاشياء (1) ولقد سبق ان اشرنا من انه ولو ان المادة 836 مدني تتكلم عن مشترى المنقول الا انها في مضمونها تعني كل من له حق عيني (2) على الشيء .

وعلى ذلك فانها تنطبق ايضا على الدائن المرتهن (3) وفي هذا يقول الاستاذ شمس الدين الوكيل (4) " ان الدائن المرتهن يكون في مركز مالك المنقول الذى فقده بسرقة او ضياع . . . . ويقول ان الفقه الراجح في فرنسا يعتبر هذه الصورة سرقة ضمان " هذا ويعتبر في حكم السارق الراهن الذى يختلس منقولا سبق ان رهنه ضمانا للوفاء بدين عليه او على غيره .

---

(1) سبق ان شرحنا الموضوع باسهاب في هذا البحث ص 50 حاشية رقم 1 وص 45 وما بعدها .

(2) ما سبق ص 49 وما بعدها .

(3) وما سبق في البحث - ص 49 وبهذا المعنى يقول الاستاذ MARTY et RAYNAUD P. 16 , n°24 " ان حق المرتهن في هذه الحالة قد تقرر له حق الحبس بنص القانون (م 2082 مدني فرنسي) وراجع نفس المؤلف - ص 54 بند 88 .

(4) شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 490 .

./.

المطلب الرابع : الحائز .

عند بحثنا في نفاذ الرهن تجاه الغير راينا انه يشترط انتقال حيازة الشيء (1) المرهون الى يد الدائن او الى اجنبي متفق عليه كما نصت عليه المواد 961 و 975 مدني و 32 تجاري .

مما يفيد ان الاصل هو ان تنتقل الحيازة الى الدائن المرتهن لكن خروجا عن هذا الاصل يجوز ان تسند الحيازة لغير الدائن . فمن يكون هذا الشخص الاجنبي الذي يصلح ان يلعب دور الحائز ؟

الاصل ان كل شخص يصح ان يكون حائزا متى توافرت فيه الشروط القانونية بان كان اهلا للالتزام .

لكن الفقه والقضاء يستثني من هذا المبدا بعض الاشخاص حيث لا يعتد بحيازتهم وهم :

الراهن (2) او احد تابعيه (3) وكذلك المدين بالالتزام المرهون متى كان محل الرهن دينا في ذمة الغير (4) وايضا لا تصح حيازة موءجر

---

(1) يقصد بعبارة" شيء" المنصوص عليها في نص المادة 961 مدني وعبارة"المرهون" في المادة 32 تجاري كل المنقولات مادية كانت ام معنوية .

(2) السنهوري -ج 10 - فقرة 534 - ص 787 .
- cass.Req. 8/2/1909.S.1910.1.493
- CARBRILAC.J.C. Com. F.A. n° 41
اشير اليه
من طرف الاستاذ :
وراجع خلاف هذا المبدا في التشريع المصري الصادر تحت رقم 28 سنة 1928 الذي وضع بعض الاستثناءات من احكام القانون المدني الخاص بالرهن فهو يعتبر الرهن الذي يعقد لصالح بنك التسليف صحيحا حتى ولو بقيت المحصولات في مخازن المدين ، بشرط ان تختم ابوابها بالشمع وان تعلق عليها بطريقة ظاهرة الواح تحمل اسم البنك . النص منقول عن شمس الدين الوكيل - المرجع السابق - ص 422 حاشية رقم 3 .

(3) - Rouen. 20/6/1883.D.P.85.25.29. et Douoi 20.12.1891. D.P.93.2.295. CARBRILAC.J.C.Com.F.A.n° 32.
مشار اليهم من طرف :

(4) لان ذلك معناه ان المدين بالالتزام المرهون ان كان دينا يحوز سند اثبات هذا الالتزام الذي عليه ، ويجرد الدائن بهذا الالتزام من وسيلة اثبات حقه .

./.

العقار للمدين الذى توجد فيها البضائع المرهونة (1) ذلك لما تثيره هذه الحيازة من لبس وغموض يصعب معها التمييز بين ما اذا كانت الحيازة تحت يد المدين الراهن وبين حيازتها من موءجر العقار ذاته (2) .

وبهذا يتحدد لنا معنى الحائز عندما يكون شخص غير الدائن المرتهن يسمى في الشريعة الاسلامية عدلا (لذلك فضلنا استعمال هذا المصطلح (3) في البحث) .

البند الاول : اهمية حيازة العدل وشروطها .

ان حيازة العدل مرغوب فيها اذ تحقق مصلحة الراهن والمرتهن معا .

- اما مصلحة الراهن فتتمثل في امكانية تقرير رهون متعددة على شيء واحد ضمانا لديون تكون لدائن واحد او متعددين ،كما انها تحقق له الطمانينة عندما لا يشق في حيازة الدائن .

---

(1) - Cass.Req.19/3/1878.
- Cass.Req.11/3/1879.D.P.79.1.401.S.80.1.53.

اشير الى الحكمين من طرف الاستاذ : CARBRILAC.F.A.n° 41

(2) والواقع اننا لا نرى مبررا لحرمان موءجر العقار للمدين من دور الحائز في كل الاحوال،لان،اما ان تكون الاشياء المرهونة في العقار الذى اجره للمدين:وفي هذه الحالة تكون امام حيازة الراهن (وعلى الاقل فانها تظهر للغير بهذا المظهر) ، وبالتالي لا يصلح ان يكون حائز،واما ان تكون الاشياء المرهونة في غير العقار الذى اجر للمدين.وفي هذه الحالة يمكن ان يكون حائزا لحساب الدائن المرتهن .

(3) السنهورى -ج 10 - ص 787 يقول" ان العدل مصطلح في الشريعة الاسلامية ولا يكون العدل عدلا الا بتوافر الشروط الاتية : ان يعين من طرف المتعاقدين وان يكون اهلا للتعهد ،فان كان الشيء المرهون تحت حيازته من قبل على سبيل الايداع او الاعارة او لاى سبب اخر غير ناقل للملكية فيشترط صدور منه قبول بان يحوز في المستقبل لحساب الدائن المرتهن وان انتقال الحيازة اليه لا يخضع لاية شكلية معينة" .

./.

اما مصلحة المرتهن فتظهر في ان هذا الاخير يتخلص من عبء الصيانة ، والمحافظة،واستغلال الشيء المرهون ومن المسؤولية التي حمله اياها القانون (1) .

وكثيرا ما يستعمل هذا الاجراء في الرهون التجارية ، مما جعل المخازن العمومية تلعب دور الحائز المتفق عليه (2) والبنوك أيضا تلعب هذا الدور تحوز لصالح زبونها الراهن سندات التي اعطيت للرهن (2) ، ونفس الوضع يقال عن البضائع التي تكون في الطريق (3) اما شروطها فان حيازة العدل قد لا تخرج عن امرين :

1 - فاما ان يحوز الشيء المرهون اثر ابرام عقد الرهن ، في هذه الحالة يجب ان يتفق عليه المتعاقدان وان يقبل هذا الشخص حيازة الشيء لحساب الدائن المرتهن .

2 - واما ان يحوز الشيء قبل ابرام عقد الرهن ، على سبيل الايداع او العارية او الايجار او لسبب اخر غير ناقل للملكية ، فلا تصح الحيازة لصالح الدائن الا بحصول هذا العدل على سند يقضي بذلك .

ويرى فريق من الفقهاء (4) ان هذا يتمثل في الابلاغ بعقد الرهن ويكفي ذلك لتحقيق الحيازة دون اشتراط القبول من العدل .

---

(1) ما سبق في البحث ص 68 وما بعدها .

(2) ما سبق في البحث ص124 حاشية رقم 1 . (2) وراجع ايضا قانون الصفقات العمومية المنظم بمرسوم صادر بتاريخ 1967/07/17 تحت رقم67/90 وخاصة نص المادة 99 منه التي تقضي بما يلي :

" le nautissement ne peut être effectué qu'au prés d'un établissement ou d'un groupement d'etablissement Bancaire"

(3) - GABRIEL Marty et RAYNAUD Pièrre, P. 47, n° 77.

(4) - Foyer.P.70. CARBRILAC. n° 34

./.

غير ان القضاء الفرنسي وفريق من الفقهاء الاخرين (1) يضيفان شرطا اخر بجانب الابلاغ وهو قبول العدل بان يحوز لحساب الدائن المرتهن .

هذا ومن الجدير بالملاحظة من ان القبول الذى يصدر من العدل لا يتطلب منه ان يصدر في شكل صريح انما يكفي ان يكون ضمنيا متى كان التزامه تجاه الراهن ذو طبيعة تجارية .

اما اذا كان التزامه مدنيا تجاه الراهن فان قبوله يجب ان يثبت طبقا لما هو مقرر في القواعد العامة للاثبات (2) .

هذا وقد يحدث ان يصدر الرهن من مالك الرقبة فالقضاء الفرنسي يقضي بتوجيه الابلاغ للمستغل الذى ينتفع بالسند او بالشيء حيث اغتبر الابلاغ يكفي ويحل محل الحيازة (3) ، كذلك يرى الفقه على ان انتقال الحيازة ليست ضرورية للاحتجاج بالرهن (في هذه الحالة) ضد الغير (4) .

- Cass.Civi. 3/8/1896.D.P.97.1.209 note guenée et S.97.1.85. (1)
- Cours de Paris 17/5/1935. Gaz- Pal 1935.2.503 nº 34

اشار الى الحكمين السابقين CARBRILAC
- ENCYCLOPEDIE, Dalloz, commerçial, T.III, Gage nº 25.
- JEAN GUYENOT, la constitution et la réalisation du gage de valeur Mobilieres.R.T.D. Com.1961. page 280 nº 12.

(2) وهو يشير CARBRILAC.J.C.Com.1981.Fax.A.nº33
الى حكم cass.civi24/11/76.Bull.Civ.IV, nº 368.

(3) مقال دجون قينو R.T.D.C . année 1961 (Jean Güyenot) Page 280.

(4) - P.Lescort et R.Roblot, les effets de commerçe, 1953.T.I nº 516 et suit a propos du gage de la lettre de change.

./.

وقد يحدث ان ترصد السندات لحاملها لدى حساب جاري على سبيل الرهن . وبما ان هذه السندات تفقد ذاتياتها بمجرد وضعها في البنك وتصبح بالتالي مجرد مال مثلي بحيث لا يمكن تمييزها عن غيرها بارقام خاصة بها ، الامر الذى ادى بالفقه الى القول بان تسليم شهادة الايداع (الوصل) (التي سلمت للمدين الراهن) من طرف المؤسسة المودعة (1) ، يعتبر بمثابة تسليم للسندات ذاتها غير انه في هذه الحالة يوجب الفقه ان يبلغ المدين المؤسسة المودع لديها .

وبهذا نجد السندات لحاملها تخضع تارة لاحكام رهن المنقول المادى فتتم الحيازة فيها بمجرد تسليمها تماما مثل المنقولات المادية وذلك متى كان الحق مندمجا في السند الذى يمثله (2) .

وتارة اخرى تخضع لاحكام رهن الديون متى فقد السند ذاتيته وانفصل الحق عن الصك المثبت له . وبذلك تكون حيازة الوصل المثبت للوديعة لا تكفي الا باقترانها بابلاغ الحائز .

---

(1) لقد انشا المشرع الفرنسي مؤسسة خاصة تسمى S.I.C.O.V.A.M.
Societé interprofessionnelle de compensation des valeurs Mobilieres
بمقتضى المرسوم الصادر في 4/8/1949 وتقوم بدور الشخص الاجنبي المتفق عليه بين المتعاقدين ، وتحوز سندات لحساب المقرض ضمانا للدين الذى على الوادع Déposant ولم نجد ما يشبه هذه المؤسسة في قانوننا ، ولعل ذلك راجع الى قلة التعامل بالسندات بين الافراد .

(2) هذه هي الحالة التي نصت عليها المادة 970 مدني التي تقضي بما يلي : " تسرى على رهن المنقول الاحكام المتعلقة بالاثار التي تترتب على حيازة المنقولات المادية والسندات لحاملها . . . . " .

./.

البند الثاني : الطبيعة القانونية لحيازة الحائز .

تختلف الطبيعة القانونية لحيازة الحائز باختلاف ما اذا كان الحائز هو الدائن ام هو العدل .

اما حيازة الدائن المرتهن فقد كيفها غالبية الفقهاء على انها حيازة قانونية بالنسبة لحق الرهن حتى ولو سلم الشيء المرهون الى العدل (1) وبذلك يكتسب الدائن حقا عينيا تبعيا على الشيء المرهون يمكن ان يمارس عليه حق الاولوية وحق التتبع .

كما يجوز له ان يتمسك بقاعدة الحيازة في المنقول لكي يحتفظ بحقه في الرهن متى كان حسن النية وتلقى هذا المنقول من غير مالك .

ولا مانع من ان يكون الدائن حائزا قانونيا واصيلا عن نفسه وفي نفس الوقت يكون حائزا عرضيا عن غيره (كان يكون نائبا عن غيره من الدائنين) .

اما بالنسبة لحق الملكية فتكون حيازة الدائن دائما عرضية, ذلك ما يفسر التزامه بالمحافظة على الشيء وبذل العناية اللازمة لصيانته, حتى لا يصاب بالهلاك او التلف, والرد الى الراهن الشيء الذى كان محلا للرهن متى اصبحت حيازته غير ذات موضوع كما سنرى (2) .

---

(1) د. محمد وحيد سوار - ص 205 . علي سليمان - ص 562و 563 . شمس الدين الوكيل ص 490 الحاشية رقم 1 . حيث يقول" ان الفقه الحديث قد استقر على اعتبار الدائن المرتهن حائزا قانونيا بالنسبة لحق الرهن في مواجهة الغير ومجرد حائز مادى بالنسبة لحق الملكية في مواجهة المالك، هذا الراى قيل به في فرنسا بشان الرهن الحيازى الوارد على المنقول ويصدق في مصر من باب اولى ايا كان محل الرهن باعتبار ان المشرع قد الزم الدائن باستثمار المال المرهون واكسبه بنص صريح حقا عينيا يخول له الافضلية والتتبع، ولذلك فان صفة الحائز القانوني تصدق على الدائن المرتهن في مواجهة مالك المرهون والغير معا ، ذلك على اساس ان حق الرهن تنتقص من سلطات المالك فيخول للدائن الاستئثار بالقيمة المالية للمال المرهون والاختصاص بثمراته ضمانا للوفاء بالدين" .

(2) وراجع ما سبق ص 118 وما بعدها .

./.

اما حيازة العدل فانها حيازة عرضية في كل الاحوال .لان العدل لا يحتاز لحسابه بل يحوز دائما لحساب الدائن حق الرهن ، ولحساب الراهن ، حق الملكية .

وطالما ان كلا من حيازة الدائن بالنسبة لحق الملكية وحيازة العدل بالنسبة للشيء المرهون (بما فيه من حق الرهن وحق الملكية) ما هي الا حيازة عرضية ، فانه لا يتصور لاى منهما امتلاك المنقول بالتقادم او التذرع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الملكية .

واخيرا ننهي هذا الموضوع ونشير من ان عقد الرهن كغيره من العقود الاخرى تنشأ بتوافر شروط في اطرافه وفي محله (في المال المرهون والالتزام المضمون) ومن ثمة فينتج اثارا بين اطرافه وعلى الغير ذلك ما سبق ان درسناه . بقي علينا معرفة كيف ينقضي عقد الرهن وما هي المشاكل التي يثيرها الانقضاء ، ذلك ما سنراه في الموضوع الاتي :

./.

الفصل الثالث

انقضاء الرهن الحيازي الوارد على المنقول

ينقضي الرهن الحيازي الوارد على المنقول ،ككل التامينات الاخرى اما بطريقة تبعية نتيجة لانقضاء الالتزام الاصلي واما بطريقة اصلية ناتجة عن اسباب مستمدة من الرهن ذاته ، وسنوالي شرح هاتين الطريقتين في المطلبين الاتيين :

المبحث الاول : زوال الرهن بصفة تبعية .

تمهيد : المبدا العام :

تنص المادة 964 مدني على ما يلي " ينقضي الرهن الحيازي بانقضاء الدين المضمون ويعود معه اذا زال السبب الذي انقضى به الدين دون اخلال بالحقوق التي تكون للغير حسن النية قد اكتسبها قانونا في الفترة ما بين انقضاء الحق وعودته" .

وعندما نتامل هذا النص نسجل الملاحظات الاتية :

1 - ان النص يتناول ثلاث حالات وهي :

أ) زوال الرهن بزوال الالتزام المضمون .

ب) عودة الرهن بزوال سبب انقضاء الالتزام :

جـ) حماية الحائز حسن النية الذي يكون قد اكتسب حقا على الشيء المرهون خلال فترة الانقضاء .

والحالة الاولى والثانية ما هي في الحقيقة الا تدعيما وتكريسا لمبدا التبعية التي تقررت بنص المادة 893 مدني والذي يقضي بانه لا ينفصل الرهن عن الدين المضمون بل يكون تابعا له ويبقى في صحته وفي انقضائه مالم

./.

ينص القانون على غير ذلك، وبطبيعة الحال انه يفترض في الحالتين وجود دين صحيح ولكنه انقضى بسبب من اسباب الانقضاء كما سنرى فيما بعد .

غير انه قد يحدث ان يكون سبب زوال الرهن يرجع لزوال سند الدين ذاته وذلك كان يدرج هذا الدين في عقد باطل في البداية،او قابل للابطال وتمسك بهذا الابطال من له مصلحة فيه او كان قد ادرج في عقد معلق على شرط فاسخ فتحقق الشرط . ففي كل هذه الاحوال يزول العقد باثر رجعي ويزول الرهن كذلك بالتبعية (1) .

اما الحالة الثالثة (التي تقضي بحماية الغير حسن النية الذى اكتسب حقا على الشيء المرهون خلال فترة الانقضاء) ما هي الا تكريسا للاتجاه العام في التشريع الذى يحمي الاشخاص الذين اعتمدوا على مظاهر معينة وتعاملوا على اساسها وهم حسني النية في كل ذلك (1) .

2 - يلاحظ على نص المادة 964 مدني بانه مطابق تماما لما تنص عليه المشرع في المادة 933 مدني والمتعلقة بانقضاء الرهن الرسمي .

3 - ان انقضاء الدين المنصوص عليه في المادة 964 مدني لا يعني به الا الانقضاء الكلي (للدين المضمون) وذلك تطبيقا وتكريسا أيضا لمبدا عدم تجزئة الرهن .

وعلى ذلك فان الانقضاء الجزئي للدين المضمون بالرهن لا يؤثر على بقاء الرهن ولو كان الشيء المرهون قابلا للانقسام او كان الدين المضمون

---

(1) بهذا المعنى السنهوري - ج 10 - ص 615 - فقرة 338 وص 863 فقرة 614 . وراجع ما سبق في البحث ص 44 وص 51 وما بعدها فيما ثار من جدل حول زوال العقد باثر رجعي .

بالرهن قابلا للتجزئة (1) ،ولما كانت هذه القاعدة ليست من مستلزمات الرهن،فانه يجوز للاطراف الاتفاق على ما يخالفها .

4 - ان انقضاء الرهن بالتبعية،هي تبعية مطلقة لم يرد عليها استثناء في تشريعنا .

بخلاف بعض التشريعات الاخرى الحديثة (2) التي تقضي بانه يزول الرهن بزوال الدين المضمون كقاعدة عامة لكن خروجا عن هذا المبدا فهي تقضي ببقاء الرهن بالرغم من انقضاء الالتزام المضمون متى نشأ على نفس المدين دين ثان لنفس الدائن . بعد انشاء الدين الاول المضمون بالرهن ،وكان هذا الدين الثاني مستحق الاداء قبل حلول اجل الدين الاول .

هذه التشريعات تقر بهذا الاستثناء وتعطي للمرتهن حق الاحتفاظ بالشيء المرهون بالرغم من انتهاء الالتزام المضمون اصلا بالرهن ويترخى التنفيذ بالالتزام بالرد حتى يستوفي حقه من الدين الثاني ذلك على اساس فكرة الرهن الضمني (3) .

5 - واخيرا نريد ان نلاحظ من ان اسباب الانقضاء التي تنهي الالتزام المضمون بالرهن ما هي الا اسباب لانقضاء الالتزام بصفة عامة (دون التقادم) اى باستثناء التقادم .

---

(1) ما سبق في البحث ص 11 وما بعدها . سمير تناغو - ص 322 - فقرة 122 . شمس الدين الوكيل - ص 376 .

(2) نص المادة 2/1042 مدني سوري ونص المادة 2/2082 مدني فرنسي .

(3) -MAZEAUD.P.92, n°84.
- Tribunal instance.Paris, 27/4/1980.J.C.P. n°49, 1981.I.3048. nautissement.
منصور مصطفى منصور - ص 168 . عبد الفتاح عبد الباقي - ص 311 - فقرة 338 .

./.

ذلك وان كان التقادم يعتبر سببا من اسباب انقضاء الالتزام فانه في حالة الرهن لا يسقط الالتزام به ما دام الراهن هو المدين (وليس كفيل) وما دام الشيء المرهون في حيازة المرتهن . وذلك تقديرا من المشرع بان ترك المدين الراهن حيازة الشيء المرهون تحت يدى المرتهن يعتبر بمثابة اقرار ضمني بوجود الدين ، ومن ثمة فان هذا الاقرار يقطع التقادم(1) .

وبهذا تقضي نص المادة 318 مدني بقولها" ينقطع التقادم اذا اقر المدين بحق الدائن اقرارا صريحا او ضمنيا ويعتبر اقرارا ضمنيا ان يترك المدين تحت يد الدائن مالا له مرهونا حيازيا تامينا لوفاء الدين" .

اما اذا كان الرهن قد قرره الكفيل العيني فانه لا يكون في ذاته مانعا من سقوط الدين بمضي المدة (2) .

بعدما ابدينا هذه الملاحظات نريد ان نتساءل الان ما هي هذه الاسباب التي ينقضي بها الالتزام وينقضي بالتبعية حق الرهن ؟

ان الاسباب التي ينقضي بها الالتزام متعددة يرجع في شانها الى القواعد العامة . وهي الوفاء والمقاصة والتجديد والوفاء بمقابل ، واتحاد الذمة ، والابراء واستحالة التنفيذ والتقادم (3) .

---

(1) راجع ما سبق ص 93 وص100 حاشية رقم 2 من هذا البحث .

(2) عبد المنعم البدراوى ، التامينات العينية ، الطبعة الاولى ، مكتبة سيد عبد الله وهبة (ولا ندرى مكان الطبع) ص 381 فقرة 268 .

(3) سوار - ص 250 - بند 348 . السنهورى - ج 10 - ص 616 - بند 340 . عبد الفتاح عبد الباقي - ص 177 - بند 203 .

- Jean CARBONNIER, Droit Civil, , les obligations, tome4 7è éd.Paris 1972. page 474. n° 128.
- ALEX WEILL, François TERRE, Droit Civil, les obligations, 2è éd.DALLOZ. 1975. Page 1012.n° 983.

ونحن لا نريد دراسة هذه الاسباب الا بقدر ما يهمنا في الموضوع اما الاحكام التي تخضع اليها ،فيرجع في شانها الى القواعد العامة،ولذلك نقف حول انقضاء الالتزام بالوفاء وبالتجديد . والوفاء بالمقابل والمقاصة دون الاسباب الاخرى .

المطلب الاول : انقضاء الالتزام بالوفاء (1) . Paiement.

انه لغني عن البيان من انه يشترط لصحة الوفاء ان يصدر من مالك للشيء الذى يتم الوفاء به ، ويكون الموفي اهلا للتصرف فيه (م260 مدني) فاذا ابطل الوفاء نتيجة لعدم توافر هذه الشروط عاد الدين الى الحياة وعاد معه الرهن الذى يكفله بمرتبته القديمة،على الا يتضرر الغير بهذا الزوال ،اذا اكتسب حقا على المنقول خلال فترة الانقضاء متى كان هذا الغير حسن النية (م 964 مدني) .

والاصل ان انقضاء الالتزام بالوفاء ينقضي معه الرهن الذى يضمنه .

لكن قد يحدث ان يقع الوفاء من شخص غير المدين فيحل هذا الشخص محل الدائن (حلولا قانونيا او اتفاقيا) في حقوقه وبهذا الوفاء ينقضي الالتزام على المدين دون انقضاء الرهن اذ ان الرهن ينتقل الى الموفي مع الدين المضمون بالرهن (بحكم نص المادة 264 مدني) .

---

(1) نص المواد 258 الى 284 مدني .

وراجع : - TERKI Noureddine. Les obligations, responsabilités Civil et Régime général, Alger. 1982.P.210 à 226.

./.

المطلب الثاني : التجديد Novation

يعرف التجديد بانه" استبدال دين جديد بدين قديم، فيكون سببا في انقضاء الدين القديم وفي نشوء الدين الجديد" وبناء على ما تقدم يكون التجديد سببا لانقضاء الالتزام من جهة وفي نفس الوقت يكون مصدرا لنشوء الالتزام الجديد .

ويتحقق باستكمال كامل شروطه وهي :.

1 - وجود التزامين متعاقبين الجديد منهما يحل محل القديم (م 291 مدني) وهنا يجب ان يكون الالتزام القديم صحيحا ويكون كذلك عندما لا يكون الالتزام القديم باطلا بطلانا مطلقا (1) ويجب ان يكون الالتزام الجديد ايضا صحيحا . لان بطلان هذا الاخير يؤدى بالضرورة الى احياء الالتزام القديم كما اسلفنا، وطبقا لنص المادة 964 مدني فان عودة الالتزام القديم يعود معه الرهن بالتبعية .

2 - ان يكون هناك اختلاف فعلي بين الالتزام الجديد والالتزام القديم في احد عناصره (2) ويكون كذلك متى تغير محل الدين او مصدره (م297 / 1 مدني) او تغير المدين (م 287 / 2 مدني) او تغيير الدائن (م 287 / 3 مدني) .

---

(1) اذا كان الالتزام القديم ... د قابلا للابطال فان ذلك لا يمنع من ان يكون سببا لانشاء الالتزام الجديد . لان عملية التجديد ذاتها تعتبر في حد ذاتها اجازة للالتزام القابل للبطلان - CARBONNIER.P.507.n° 135.

(2) السنهوري، ج 3 فقرة 485 - ص 815 يقول" اذا كان الالتزام الجديد لا يغاير الالتزام القديم في عنصر هام في الدين او في المدين او في الدائن فلا يعدو الامر ان يكون هذا اقرار reconnaissance بالالتزام القديم كما هو بدون تغيير، او اقرار Ratification له حتى يسرى في حق الغير، او اجازة confirmation له حتى يزول البطلان او نحو ذلك ولكنه لا يكون على كل حال تجديدا".
وراجع نفس المؤلف، الوسيط، ج 10 - ص 623 فقرة 349 .

./.

3 ـ ان تتوافر لدى الاطراف نية التجديد (م289 مدني) صراحة او ضمنا ، مما يستلزم توافر فيهما الاهلية اللازمة لمباشرة التصرف(1) .

والذى يهمنا في الموضوع هو انه اذا كان الاصل العام يقضي ، بان التامينات تنقضي بالتبعية بانقضاء الالتزام المضمون بها بالتجديد ، الا ان المشرع قد خرج عن هذا الاصل العام بنص القانون وقضى ببقائها بالرغم من انقضاء الالتزام الذى قامت عليه ذلك متى نص القانون على ذلك كما هو عليه الشان في انتقال التامين الذى كان يكفل الالتزام المقيد في حساب جارى الى الالتزام الذى حل محله بمقتضى التجديد (م 2/290 مدني) .

او متى تبين من الاتفاق او الظروف بان نية الطرفين قد انصرفت الى انتقال التامينات التي تكفل الالتزام القديم الى الالتزام الجديد . وقد بين المشرع الطرق التي يتم بها هذا الاتفاق الذى ينقل التامينات من الالتزام القديم الى الالتزام الجديد وهي تختلف باختلاف صور التجديد التي نص عليها في المواد (292 و 293 مدني) لا مجال لشرحها هنا (2) .

غير انه يشترط ان يكون الاتفاق على انتقال التامينات الى الالتزام الجديد معاصرا للاتفاق على التجديد (م5/292 مدني) حتى يكون نافذا في حق الغير . وقد يكون الراهن شخصا اخر غير المدين (الكفيل العيني) فيجب الحصول على رضاه لكي ينتقل التامين او الضمان الى الالتزام الجديد (م 293 مدني) (3) .

---

(1) - ALEX WEIL.F.TERRE.P.1061. n° 1052.

(2) يرجع في الموضوع الى السنهوري ، الوسيط ـ ج 3 ـ ص 813 وما بعدها .
- CARBONNIER.P.506. et suit.
- ALEX WEIL et F.TERRE.P.1061 et suit.

(3) تناغو : ص 324 . منصور مصطفى منصور ـ ص 162 فقرة 76 .

./.

المطلب الثالث : المقاصة Compensations

كما ينقضي الالتزام المضمون بالوفاء والتجديد ينقضي ايضا بالمقاصة، وتسرى في شانها القواعد العامة المقررة بالمواد 297 الى 303 من القانون المدني .

والمقاصة باعتبارها سببا من اسباب انقضاء الالتزام تعتبر اداة فعالة للوفاء السريع المبسط المطفيء للالتزامين معا . اذ بها يقضى على الدينين مرة واحدة، دون تجسيد هذا الوفاء في صورة مادية بان يدفع المدين الى دائنه اى شيء ويستوفي بدوره منه اى شيء اخر . الا من كان محل التزامه اكبر فيدفع لدائنه ما فاق به هذا الدين على الدين الاخر . لان المقاصة تقضي على كل من الدينين بقدر الاقل منهما (م300 / 2 مدني) .

وتعتبر المقاصة اداة ضمان لان الدائن الذى يستوفي حقه بواسطة المقاصة يختص ويستاثر بالدين الذى في ذمته دون غيره من دائني المدين فيستوفي حقه منه متقدما عليهم جميعا (1) فهي بهذه المثابة ليست اداة ضمان فحسب بل هي اداة امتياز وافضلية .لان الدائن الذى يكون له مدينا معسرا يحسن له اجراء المقاصة معه، وبدون هذه المقاصة فلا يرجى الحصول على حقه . اذ يتحتم عليه ان يمر بالطرق العادية للوفاء، وهو ان يفي بالدين الذى عليه من جهة ثم يطالب بالدين الذى له في ذمة المدين، لكن لما كان مدينه معسرا فلا يحصل على حقه كاملا ويقاسم الدائنين الاخرين قسمة الغرماء .

---

(1) السنهورى - ج 3 - فقرة 525 - ص 874 .

./.

اذن فبفضل المقاصة جعلت/ منه دائنا ممتازا وان كان في الاصل ما هو الا دائناً عادياً . وجعلت الدين الذى في ذمته في حكم المال المرهون يكفل له الالتزام الذى على المدين .

واخيرا ان المقاصة قد تشتبه مع بعض الانظمة الاخرى كحق الحبس والدفع بعدم التنفيذ ، الا انها تختلف عنهما من انها تحقق الغرض الذى تحققه هذه الانظمة structure وتتعداها الى القضاء على الدين الذى عليه قضاء كليا بالحق الذى له في ذمة دائنه (1) .

هذا ويشترط في المقاصة توافر شروط معينة بعضها نصت عليها المادة 297 مدني وهي باختصار شديد كما يلي :

1 - ان يكون هناك التقابل Réciprocité ما بين الدينين ، بمعنى انه يجب ان يكون كل من طرفي المقاصة مدينا شخصيا للاخر وفي نفس الوقت ذاته يكون دائنا شخصيا له . وعلى ذلك فلا يجوز للولي والوصي والقيم والوكيل والوارث التمسك بالمقاصة بين ديونهم الشخصية والديون التي على من يمثلونه او من ينوبون عنه .

2 - ان يكون محل كل من الدينين مال مثلي نقودا كان او شيئا آخر غير النقود ، فان كان المال المثلي غير النقود يشترط ان يكون متحد النوع والجودة . وعلى ذلك فلا تجوز المقاصة بين دين كان محله قنطار من القمح ودين اخر كان محله قنطار من الشعير مثلا . ولا تجرى المقاصة بين نقود محلية وعملة اجنبية . وتتحدد قيمة الشيء بسعر السوق او البورصة او البنك (2) .

---

(1) بهذا الراى : السنهورى ، ج 3 ، الوسيط ـ ص 875 .
CARBONNIER.P.489, n° 132.

(2) ALLEX WEIL.F.TERRE.P.1079. n° 1075.
حاشية رقم 1 و 2 .

./.

3 - ان يكون كل من الدينين خاليا من النزاع liquidité ويكون كذلك متى كان محققا وثابتا في ذمة المدين ومعلوم المقدار وعلى ذلك فلا يجوز اجراء المقاصة بالديون الاحتمالية .

4 - ان يكون كل من الدينين مستحق الاداء Exigibilité

5 - ان يكون كل من الدينين صالحا للمطالبة به قضاء وبذلك تخرج الالتزامات الطبيعية .

هذه هي الشروط المنصوص عليها في المادة 297 مدني . ويضاف اليها بعض الشروط الاخرى اضافية مستخلصة من مختلف المواد الاخرى وهذه الشروط هي :

6 - ان يكون كل من الدينين قابلا للحجز عليه (م 299/4) ويخرج من ذلك الاموال التي لا تقبل الحجز كدين النفقة مثلا .

7 - الا يكون الشيء نزع من مالكه دون مسوغ مشروع والا يكون الشيء مودعا او معارا (م 299/2 مدني) .

8 - ان يتمسك بالمقاصة من له مصلحة فيها (1) (م300) .

9 - ان تقضي المقاصة الدينين بقدر الاقل منها (م300/1 مدني) فمن زاد دينه عن الدين المقابل يبقى مدينا بهذه الزيادة تجاه دائنه .

10- يجب الا تقع المقاصة اضرارا بحقوق الغير التي اكتسبها من قبل (م 302 مدني) .

فان توافرت شروط المقاصة هذه جاز اجراؤها بين الدينين وبها ينقضي الالتزام وينقضي بالتالي الرهن تبعا لذلك (2) .

---

(1) يلاحظ ان المقاصة في القانون الفرنسي تجرى بصفة تلقائية وبحكم القانون كلما توافرت شروطها وان لم يرتضيها الاطراف . وقد انتقد هذا الموقف من طرف الفقه . راجع في ذلك
- J.CARBONNIER.P.489.n° 132.
- Alex. weill .F. Terre.n° 1067.
- TERKI, Les obligations.P.248.n°471 et 472.

(2) السنهوري ج 3 - ص 878 وما بعدها وج 10 - ص 626 وما بعدها و ص 865 . تناغو - بند 122 - ص 323 . منصور مصطفى منصور - ص 163 بند 76 .

/ .

ويلاحظ ان المقاصة لن تتعطل بالمهلة التي قد يحصل عليها المدين اتفاقا او قضاء لان وجود الحق للمدين في ذمة دائنه لدليل قاطع على امكانية الوفاء به اطفاء للدين الذى عليه (م 2/297 مدني) كما يلاحظ انه متى توافرت شروط المقاصة فيكون بامكان من له مصلحة ان يتمسك بها ولا يهم فيما اذا اختلف مكان الوفاء ولا مصدر الدينين (م298و299مدني) .

المطلب الرابع : الوفاء بالمقابل . Dation en paiement

تنص المادة 285 مدني على ما يلي :" اذا قبل الدائن في استيفاء حقه مقابلا ، استعاض به عن الشيء المستحق ، قام هذا مقام الوفاء" .

ويستفاد من هذا النص ان مقابل الوفاء ، يعتبر سببا من اسباب انقضاء الالتزام متى توافرت شروطه وهي :

1 - ان يحصل اتفاق (1) بين الدائن والمدين او الغير (2) يقضي بنقل ملكية الشيء الاخر الى الدائن يقوم مقام الوفاء الاصلي ويستعيض عنه .

2 - ان يتم فعلا نقل ملكية الشيء الذى حل محل الالتزام الاول الى الدائن حيث لا تبرأ ذمة المدين الا باتمام نقل ملكية ذلك الشيء .

والذى يهمنا في الموضوع هو الاختلاف الذى ثار بصدد تكييف القانوني للوفاء بالمقابل ، اذ يعتبره القانون الفرنسي القديم على انه نوع من الوفاء UN Modèle de paie--ment. وبالتالي فينقضي الالتزام وكانه انقضاء عن طريق الوفاء (3) .

---

(1) تنص المادة 276 مدني على ان الدائن لا يجبر على قبول شيء غير الشيء المستحق له اصلا ولو كان هذا الشيء مساويا له في القيمة او كانت له قيمة اعلى مما يفيد من ان نص المادة 285 مدني الذى يستلزم قبول الدائن ليس الا تطبيقا للقاعدة العامة المقررة بنص المادة 276 مدني .

(2) السنهوري ، ج 3 ، الوسيط ، ص 798 حاشية رقم 1 .

(3) السنهوري ج 3 ، الوسيط ، ص 803 فقرة 479 .

./.

اما الفقه فيرى جانب منه على انه بيع ومقابله هو الدين الذى على المدين وينقضي الالتزام طبقا لاحكام المقاصة (1) اما الجانب الاخر من الفقه وهو الراجح (2) فيرى بانه عمل مركب بين تجديد ووفاء عن طريق نقل الملكية (3)، ونحن نفضل هذا الراى الاخير لموافقته لمنطق التشريع الذى نص عليه في المادة 286 مدني التي تقضي بما يلي " تسرى احكام البيع وخصوصا ما يتعلق منها باهلية الطرفين وضمان الاستحقاق، وضمان العيوب الخفية على الوفاء بمقابل فيما اذا كان ينقل ملكية شيء اعطي في مقابله الدين وتسرى عليه من حيث انه يقضي الدين احكام الوفاء وبالاخص ما يتعلق منها بتعيين جهة الدفع وانقضاء التامينات" فبناء على هذا الراى :

- فان الوفاء بالمقابل (باعتباره تجديدا ، بتغيير محل الدين الاصلي بمحل جديد هو مقابل الوفاء) يقضي على الالتزام القديم بما يكفله من التأمينات ويحل محله الالتزام الجديد ، ويترتب على ذلك انه لو زال سبب الانقضاء بسبب من الأسباب كان يكون السبب نتيجة تقديم المدين شيئا كمقابل للوفاء الاصلي وهو لايملكه (هذا الشيء) فيستحق في يد الدائن (م260 مدني)؛

فلا يعود الالتزام الاصلي الى الحياة ولا تعود معه التأمينات ،

---

(1) السنهوري، ج 3، الوسيط، ص 802 - ف 478 .

(2) السنهوري ج 3 ، الوسيط، ص 805 فقرة 480 ؛

(3) شمس الدين الوكيل. ص 382 بند 125 . السنهوري . ج 3 ، الوسيط، ص 802 وما بعدها . منصور مصطفى منصور . ص 163 بند 76 .

التي تكفله ذلك خروجا عما تقرره القاعدة العامة في الانقضاء التي تقضي بعودة الالتزام المضمون الى الحياة مع التامينات التي تكفله بصفة تلقائية متى زال السبب الذى انقضى به الدين (م 96 مدني) والذى يهمنا في الموضوع هو اظهار الاهمية القانونية للتكييف القانوني للوفاء بالمقابل بالنسبة لموضوعنا الذى هو انقضاء الرهن، ولما كان الفقه المصري قد انتهى الى القول بان الوفاء بالمقابل هو عمل مركب ومزيج من التجديد والوفاء عن طريق نقل الملكية (1) فبطبيعة الحال يترتب على هذا التكييف بالنسبة لموضوعنا النتائج الاتية (2) :

1 ـ اذا زال سبب انقضاء الالتزام باستحقاق الوفاء بالمقابل فلا يعود الالتزام الاصلي ولا يعود التامين الذى كان يكفله. ذلك لان الدين الاصلي والتامينات التي معه تكون قد انقضت بالتجديد.

2 ـ في حالة ما اذا تعددت الديون من جنس واحد في ذمة المدين وكانت لنفس الدائن، وما قدمه المدين لا يفي بهذه الديون جميعا، يكون له حق تعيين الدين الذى يريد انهاءه عند الوفاء بدفع مقابله (م 279 مدني) واذا لم يعين يقضي على الدين الذى حل اجله ثم الدين الاشد كلفة على المدين (م 280 م) فان تعادلت في كل هذه الاوصاف (في الحلول والكلفة) كان للدائن الاختيار في تعيين الدين الذى استوفى مقابله.

---

(1) السنهوري، الوسيط، ج. 3 فقرة 480.

(2) السنهوري، الوسيط، ج. 10 فقرة 348.

./.

3 - ان الدفع بمقابل الوفاء لدين لا وجود له تنطبق عليه احكام الدفع غير المستحق وليس احكام نقل الملكية ومن ثمة فلا يرجع المدين بمقدار الدين ولكنه يطالب الدائن باسترداد المقابل الذى دفعه عن طريق دعوى استرداد غير المستحق المقررة للمدين بنص المادة 143 مدني التي تنص على : انه " كل من تسلم على سبيل الوفاء ما ليس مستحقا له وجب عليه رده " على ان ترفع هذه الدعوى قبل نهاية العشر سنوات من اليوم الذى يتبين المدين بانه قد دفع مقابلا لدين لا وجود له (م 149 مدني) •

4 - وباعتبار الوفاء بالمقابل وفاء يكون لدائني المدين ان يطعنوا بعدم سريان التصرف في حقهم عن طريق الدعوى البوليصية متى توافرت شروطها (م 191/ 192 مدني) •

وبهذا القدر كفاية في عرض اسباب زوال الالتزام وبالتالي زوال الرهن بصفة تبعية •

فنتطرق مباشرة الى الموضوع التالي الذى نتناول فيه اسباب زوال الرهن بصفة اصلية •

المبحث الثاني : انقضاء الرهن الحيازى الوارد على المنقول بصفة اصلية •

لقد عدد المشرع الاسباب التي بها ينقضي الرهن الوارد على المنقول بصفة اصلية بنص المادة 964 مدني (وهي تشمل (في الحقيقة) الرهن الحيازى سواء أكان محله منقولا ام عقارا) وحصرها في اسباب ثلاث وهي :

•/•

- التنازل عن حق الرهن.
- واتحاد الذمة.
- وهلاك الشيء المرهون.

وسايير المشرع في دراستنا لهذا الموضوع بنفس التقسيم والترتيب.

المطلب الاول : التنازل عن حق الرهن.

ان استكمل الدائن المرتهن شروط اهلية الابراء من الدين المضمون به (1) يجوز ان يتصرف في هذا الدين كما شاء وعلى ذلك يجوز له ان يتنازل صراحة او ضمنا عن حقه في الرهن، وهذا التنازل يتم بارادة الدائن المرتهن المنفردة دون اشتراط الحصول على قبول الراهن.

---

(1) عبد الفتاح عبد الباقي - ص 312 بند 340، يقول " ويشترط لصحة نزول المرتهن عن الرهن، ان يكون متمتعا باهلية الابراء من الدين المضمون به، لانه قد يترتب على هذا النزول عدم تمكن المرتهن من اقتضاء دينه".

ويذهب الى نفس المعنى الاستاذ السنهوري ج 10 - ص 872، فقرة 721 الذي يقول ان الاهلية اللازمة للنزول عن الرهن هي اهلية التبرع مما يستلزم من المرتهن بلوغ سن الرشد، وان التصرف الذي يصدر من القاصر ومن كان في حكمه يكون باطلا بطلانا مطلقا، كما لا يجوز للولي والوصي والقيم ان يمارس هذا التصرف ولو باذن المحكمة.

./.

وبطبيعة الحال ان التنازل الضمني قد يستفاد من ظروف الحال او من سلوك المرتهن نفسه ، على ان تكون هذه الظروف واضحة تظهر فيها نية المرتهن في النزول لا تحتمل لبسا او غموضا •

ولصعوبة اكتشاف هذه النية من ظروف الحال فقد اعطى لنا المشرع مثالين قدر فيهما بان الظرف الذى تم فيه التنازل يفيد على ان المرتهن يريد التخلص من هذا الحق بتركه •

فرتب عن هذين الظرفين قرينتين قانونيتين بسيطتين على افتراض النزول •

ـ الظرف الاول هو ما نص عليه في المادة 952 مدني الذى يقضي بان مجرد توافر واقعة الرجوع المرهون الى حيازة الراهن تفيد على ان المرتهن قد تنازل عن حقه في الرهن ورتب عن هذه الواقعة انقضاء الرهن (1) •

ـ اما الظرف الثاني : هو ما نص عليه في المادة 965مدني التي تقضي على انه يجوز التنازل ضمنيا بتخلي الدائن باختياره عن الشيء المرهون او من موافقته على التصرف فيه دون تحفظ (2) •

هذا خلافا للقاعدة العامة في الاثبات التي تقضي بان البينة

---

(1) ونحن لنا راى خاص في الموضوع ـ راجع ما سبق ص 130 •

(2) حاشية رقم2 ـ و ص 11 حاشية رقم 1 •

•/•

على من الدعوى ، فان المشرع قد اقام ، من واقعة التخلي عن الحيازة وتسليمها الى الراهن ومن واقعة اتخاذ المرتهن موقفا سلبيا في عدم الاعتراض على التصرف الذى يجريه الراهن على المرهون قرينة بسيطة على ان المرتهن ينوى النزول عن حقه في الرهن • وعليه هو دحض هذه القرينة باثبات عكسها • والفقه يتيسر على هذين المثالين الذين اعطاهما المشرع بنص المواد 952 و 965 مدني الاوضاع الاخرى حيث يستخلص منها قرينة النزول عن الرهن • منها واقعة اشتراك الدائن المرتهن للمنقول مع دائنيه الاخرين في تبادل الرأى بشأن انشاء عقد الصلح (فمجرد الاشتراك في هذه المناقشة يكون قرينة النزول عن الرهن ولو لم يتم الصلح فعلا (1) • ومنها ايضا واقعة التوقيع على محضر الصلح الذى نصت عليه المادة 320 تجارى •

وعلى اية حالة فان النزول الصريح او الضمني متى تحقق لا يمكن ان يؤدى الى الاضرار بحق الغير الذى اكتسب حقا على المرهون الا اذا اقر هذا التنازل من هذا الغير نفسه ، وقد تحدث هذه الصورة التي تضر بحق الغير متى رهن الدائن المرتهن الدين المضمون بالرهن للغير • ثم نزل عن الرهن الذى كان يضمن الدين المرهون فلا ينبغي ان يكون هذا النزول ضارا بالغير الذى تلقى هذا الدين مثقلا بالرهن يدعم ضمانه •

وايتضح لنا الامر نورد المثال التالي :

---

(1) عبد الفتاح عبد الباقي — ص 179 بند 205•

•/•

احمد له دين مضمونا برهن على ذمة محمد ورهن احمد هذا الدين المضمون بالرهن الى عمرو (1) .

ثم تنازل احمد عن حقه في الرهن لفائدة محمد فالاصل ان بهذا التنازل يتحرر محمد من الرهن الذي عليه لكن لما كان الدين المضمون بالرهن قد رهن بدوره بتامينات التي تضمنه لشخص ثالث وهو عمرو. فلا ينبغي ان يتضرر عمرو هذا من التصرف الذي صدر من احمد ولا يسري التصرف على عمرو الا اذا اقره هو ايضا .

وعلى ذلك فان محمد يبقى ضامنا بالعين للدين المرهون لدى عمرو بالرغم من التنازل الذي صدر من احمد ذلك لتعلق حق عمرو به .

هذا هو المقصود بعبارة " الشيء المثقل بحق تقرر لمصلحة الغير" التي نص عليها المشرع بالمادة 965 مدني التي تنص على ما يلي "......غير انه اذا كان الشيء مثقلا بحق تقرر لمصلحة الغير فان تنازل الدائن لا ينفذ في حق هذا الغير الا برضائه" .

المطلب الثاني : اتحاد الذمة .

يعتبر اتحاد الذمة سببا من اسباب انقضاء الرهن بصفة اصلية بنص القانون (م 2/965 مدني) ذلك لزوال العلة في الرهن ،

---

(1) لاحظ ان عمرو قد تلقى من احمد الدين المضمون بالرهن حيث احل محل احمد في حقه واصبح مرتهنا مكان احمد تجاه محمد .

./.

بذوبان المال المرهون في ذمة المرتهن، او بذوبان وانصهار الدين المضمون في ذمة الراهن، او بانتقال ملكية الدين المضمون والمال المرهون الى شخص ثالث (دون الراهن والمرتهن) عن طريق الشراء مثلا .

ويتحقق المثال الاول اذا اشترى المرتهن العين المرهونة فينصهر المال المرهون في مال المرتهن ويصبح مالكا لحق الرهن والعين المرهونة معا .

ويتحقق المثال الثاني فيما اذا اشترى الراهن الدين المضمون بالرهن وتنتقل ملكية الدين هذا مع التامينات التي تكفله الى الراهن فيصبح بعد ذلك مالكا للدين والضمان الذى يكفله .

ويتحقق المثال الثالث في شراء شخص اجنبي العين المرهونة من مالكها (مدين كان ام كفيلا عينيا) والدين المضمون بهذه العين فينصهر المالان في ذمة مالكهما الجديد وهو الشخص الاجنبي .

ففي هذه الامثلة الثلاثة تتحد الذمة وينقضي حق الرهن الحيازي .

وغني عن البيان ان اتحاد الذمة لا يؤثر على حق الغير الذى اكتسب على المرهون قبل عملية الشراء . فان طبقنا مثالنا السابق الذى اعطيناه بشأن النزول عن حق الرهن (1) بان حدث ان احمد قدم رهنا يتمثل في الدين المضمون بالرهن (الذى كان هو حق له في ذمة محمد الراهن) لعمرو ثم اشترى احمد من محمد العين المرهونة (المتمثلة في الدين) التي كانت تضمن الدين المرهون عند عمرو .

---

(1) ما سبق ص 167 .

فلا ينبغي ان يتضرر عمرو من هذا الشراء، وبالتالي تبقى العين المرهونة ضامنة للدين المرهون لدى عمرو ولو انتقلت ملكيتها الى احمد (1) كل ما في الامر في هذه الحالة يصبح احمد راهنا مرتين مرة بالعين ومرة بالدين وعمر يكون مضمونا مرتين ايضا بالعين وبالدين.

هذا ما تقضي به المادة 2/965 مدني حيث جعلت من احد الاسباب التي ينقضي بها حق الرهن الحيازي هي حالة اجتماع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد، مع مراعاة ما نصت عليه الفقرة الاولى من نص المادة المذكورة التي تحفظ حق الغير كما شرحنا.

ويلاحظ ان عبارة "اتحاد الذمة" التي اعتاد الفقها استعمالها ليست دقيقة لان الامر لا يتعلق باتحاد الذمة وانما يتعلق بالحاق عنصر فقط من عناصر الذمة الى ذمة اخرى.

كما يلاحظ ان اتحاد الذمة هذه قد يتحقق بدون القضاء على الرهن ذاته ويحدث ذلك عندما يكون من انتقلت اليه ملكية الشيء عن طريق الشراء للدين المضمون بالرهن (كالكفيل العيني مثلا) قد استبقى الرهن على العين المشتراة (وهو الدين) ولو كان هو الراهن، تحقيقا لمصلحة قانونية في استبقائه كان يريد بيع هذا الدين الذي اشتراه بالضمان الذي يكفله (2).

---

(1) يلاحظ في هذه الحالة يبقى عمرو مرتهنا لكن تجاه احمد بدلا من محمد - راجع ما سبق - ص167 في هذا البحث.

(2) السنهوري - ج 10 - فقرة 624 و 627.

./.

لذن اذا زالت ملكية هذا المشترى لسبب من الاسباب بالفسخ او بالبطلان يزول اتحاد الذمة باثر رجعي ويعود الرهن الى صاحبه بمرتبته الاصلية، دون اخلال بحقوق الغير حسن النية التي ترتبت في الفترة التي حدث فيها اتحاد الذمة طبقا للقواعد العامة.

المطلب الثالث : هلاك الشيء المرهون.

الهلاك ايضا يعتبر سببا من اسباب انقضاء الرهن بصفة اصلية بحكم الفقرة الثالثة من نص المادة 965 مدني.

وتطبيقا لهذا النص يشترط ان يكون الهلاك هلاكا كليا لكي ينقضي الرهن به، اما الهلاك الجزئي فلا يقضي على الرهن بل يبقى على ما بقي من الشيء ويكون ضامنا لكل الدين، تطبيقا لقاعدة عدم التجزئة في الرهن (1) ونعني بالهلاك معناه الواسع حيث يشمل الهلاك المادى للشيء ويشمل الهلاك المعنوى والقانوني كنزع ملكية الشيء للمنفعة العامة بواسطة التاميم مثلا.

هذا والهلاك قد يقع بخطا من الراهن نفسه، وهنا اذا ما دفع تامين بسبب هذا الهلاك انتقل الرهن من الشيء المرهون الى مبلغ التامين، وفقا لقاعدة الحلول العيني.

اما التعويض الذى يقدمه الراهن المخطيء، فعلى العكس على ما يراه البعض (2) من ان الراهن ملزم به، بل يجب الرجوع هنا الى ما نصت عليه المادة 899 مدني التي تمنح للدائن المرتهن حق الاختيار بين تقديم المدين تأمينا كافيا او يستوفي منه حقه فورا.

---

(1) ما سبق ص11 بند رقم 3 في البحث.

(2) ..وار ص201 بند 353، السنهوري، ج 10- ص878 بند 630.
عبد الفتاح عبد الباقي ص 314 بند 342. - منصور مصطفى منصور ص 163 بند 76.

./.

اما اذا وقع الهلاك بخطأ الدائن او الغير فطبيعة الحال ان من كان سببا في الهلاك يكون مسؤولا ويلزم بالتالي بالتعويض طبقا للقواعد العامة في المسؤولية فان تحقق هذا التعويض انتقل الحق في الرهن الى هذا التعويض •

اما اذا وقع الهلاك بقوة قاهرة او حادث فجائي او حتى بسبب مجهول فهنا ينبغي التمييز بين حالة وقوع هلاك الشيء المرهون تحت حيازة الراهن (كأن لم يسلمه الراهن بعد ، او تسلمه المرتهن ثم رد المرهون الى الراهن بسبب من الاسباب التي يسمح بها القانون) ، ففي هذه الحالة تقع تبعة الهلاك على الراهن طبعا •

وبين وقوع الهلاك للشيء تحت حيازة المرتهن ، ففي هذه الحالة قد سبق ان كيفنا طبيعة التزام المرتهن بالمحافظة وقلنا انه التزام بذاية ، فبمجرد هلاك الشيء بين يده تقام قرينة قاطعة عليه بانه مخطيء ولا يتخلص من هذه المسؤولية الا بقطع العلاقة السببية كان يثبت ان الهلاك وقع بفعل القوة القاهرة مثلا (1) ومتى افلح في دفع هذه المسؤولية تنقل تبعة الهلاك على مالكه •) •

ولذلك فاننا لا نتفق مع من يقول (1) (بأن الهلاك بالقوة القاهرة او القضاء والقدر لا يكون احد مسؤولا عن التعويض ـ اذ ان القاعدة العامة تقضي بان تبعة الهلاك في القوة القاهرة تكون على المالك•

---

(1) الاستاذ السنهوري ـ ج 10 فقرة 630 يقول ما يلي " وان كان السبب هو القوة القاهرة او القضاء والقدر ، لم يكن احد مسؤولا عن التعويض فلا يدفع التعويض) •
ما سبق في البحث ص 72 وما بعدها •

والمشرع لما عالج الامر بنص المادة 2/899 (التي احالتنا اليها المادة 2/954 مدني) الذي يقضي بما يلي " اذا نشأ الهلاك او التلف عن بسبب لا ينسب الى الدائن ولم يقبل الدائن بقاء الدين بلا تامين فللمدين الخيار بين ان يقدم تامينا كافيا او ان يوفي الدين فورا قبل حلول الاجل ".

انه عالج الامر على ضوء القاعدة العامة التي تحكم تبعة الهلاك، فقرر بهذا النص انه في حالة الهلاك الذي لا ينسب الى الدائن كالقوة القاهرة مثلا.

يكون للدائن الخيار بين بقاء الدين بلا تامين او يستوفي الدين فورا قبل حلول الاجل ، ففي حالة ما اذا كان قد اختار هذا الدائن استيفاء حقه فورا قبل حلول الاجل كيف نفسر التزام المدين بالوفاء بالدين قبل حلول اجله وهو ليس له يد في هلاك الشيء ، اليس على اساس ان الهلاك يقع على المالك؟ نعم ان الراهن لا يطالب بالتعويض في هذه الحالة ، لكن التزامه بتقديم تامين آخر او الوفاء بالدين فورا ما هو الا اجراء يقوم مقام التعويض (1) .

المطلب الرابع: التنفيذ الجبري .

لم ينص المشرع في الرهن الحيازي عما اذا كان البيع الجبري ينهي الرهن . كما نص عليه بشأن الرهن الرسمي (م936مدني) والاصل ان في الرهن الحيازي الوارد على المنقول لا ينقضي بالبيع الجبري (2) لان المرتهن هنا يحتمي بقاعدتين اولهما انه يحتمي بحق

---

(1) شمس الدين الوكيل - ص 389 بند 129 .

(2) عبد الفتاح عبد الباقي - ص 319 بند 344 - شمس الدين الوكيل ص 563 بند 208 . منصور مصطفى منصور ص 258 بند 140 وبند 132 ص 251 و 252 . مازو - ص 92 بند 85 ماتير ورايتو ، ص62 بند 105 .

./.

الحبس المخول له بموجب حق الرهن تجاه الراسي عليه المزاد حتى يستوفي حقه كاملا، او بحقه في الحبس المخول له بالقواعد العامة.

وبجانب هذا فانه يتمذرع بقاعدة الحيازة في المنقول سند الحائز غير انه يستثنى من هذا الاصل الاوضاع التي يتنازل المرتهن عن حقه في الحبس كان يتخلى عن الحيازة صراحة او ضمنا (1) بارجاع الشيء المرهون الى الراهن او يباشر التنفيذ بنفسه على المرهون بالبيع في المزاد العلني (2) لانه لا يتصور في هذه الحالة ان يقرر المرتهن بيع هذا الشيء في المزاد ويحتج بحق الحبس تجاه من رسى عليه المزاد).

كذلك يستثنى من هذا الاصل الاحوال التي نص عليها القانون بان التنفيذ الجبرى ينهي الرهن كان يباشر التنفيذ على المرهون من طرف دائن اخر سابق له في المرتبة او كان طالب البيع وكيل التفليسة طبقا لما تقرر له بنص المادة 293/تجارى.

غير ان المرتهن في هذه الحالة وان كان يفقد حق الرهن بالبيع الا انه ينتقل حقه بالافضلية الى الثمن ويتقدم على كل دائن اخر صاحب امتياز ام لا كما راينا عند دراسة حق الحبس وحق الافضلية.

وهكذا ننتهي من دراسة القواعد العامة التي تحكم رهن المنقول سواء اكان المال المرهون ماديا ام معنويا وسواء اكان الرهن مدنيا ام تجاريا، وبجانب هذه الدراسة هناك احكام خاصة تختلف باختلاف طبيعة المال المرهون كما تختلف باختلاف طبيعة الرهن، ذلك ما سنحاول دراسته في القسم الثاني من هذا البحث تحت عنوان " الاحكام الخاصة لرهن المنقول الحيازى ".

---

(1) ما سبق ص 99 بند رقم 1 حيث اشرنا من ان حق الحبس يرتبط بالحيازة وجودا وعدما.

(2) الاستاذ نصرة منلا حيدر، طرق التنفيذ الجبرى واجراءات التوزيع دمشق ط 1966 ص 308 ف 283. وراجع ما سبق في البحث ص 104 في اتجاه القضاء الفرنسي ورأينا في الموضوع في ص 108 ومابعدها.

./.

القسم الثاني

الاحكام الخاصة لرهن المنقول الحيازي

تختلف احكام الرهن من حيث شروط نشوئه واثباته ونفاذه باختلاف طبيعة المال المرهون (ماديا ام معنويا) وصفة الرهن (مدنيا ام تجاريا) وبناء على هذا الاختلاف توخينا في دراسة هذا الموضوع الخطة التالية:

الباب الاول

القواعد الخاصة بالمنقول المادي

الفصل الاول : في كيفية انشاء الرهن وثبوته ·
- المبحث الاول : الرهن المدني ·
- المبحث الثاني: الرهن التجاري ·
  - المطلب الاول : تعريفه ·
  - المطلب الثاني : اثباته ·
- الفصل الثاني : الرهن الناشيء عن العمل المختلط·

الباب الثاني

رهن المنقولات المعنوية

الفصل الاول: رهن المنقولات المعنوية·
- المبحث الاول : طبيعتها ومحلها ·
  - المطلب الاول : الطبيعة القانونية لرهن الديون العادية ·
  - المطلب الثاني : الديون القابلة للرهن ·
- المبحث الثاني : شروط نفاذ الرهن (تجاه المدين والغير) ·
  - المطلب الاول : في الرهن المدني ·
  - المطلب الثاني : في الرهن التجاري ·

الفصل الثاني: رهن القيم المنقولة (او السندات) ·
- المبحث الاول : رهن السندات الاسمية·
  - المطلب الاول: مفهوم وخصائص القيم المنقولة واهمية رهنها ·
  - المطلب الثاني : رهن السندات الاسمية في التشريع الجزائري ·
  - المطلب الثالث: الشهادات المثبتة لقيد السهم المتنازل عنه في سجل الشركة ·

·/·

- المبحث الثاني : رهن بعض الحقوق الاخرى التي لها صلة بالسهم .
  - المطلب الاول : رهن الوعد بالسهم .
  - المطلب الثاني : رهن حق الانتفاع بالسهم .
  - المطلب الثالث: موقفنا من الجدال الذى ثار في الموضوع.
- المبحث الثالث : رهن السندات الاذنية .
  - المطلب الاول : راى الفقه .
  - المطلب الثاني : راى القضاء الفرنسي .
  - المطلب الثالث: موقفنا من هذا الجدال .

الباب الثالث

التنفيذ على المرهون عند عدم الوفاء

الفصل الاول: التنفيذ على الرهن المدني .

- المبحث الاول : البيع الجبرى .
  - المطلب الاول : يشترط الحصول على اذن من القاضي لاجراء البيع.
  - المطلب الثاني : يشترط ان يجرى البيع بالمزاد العلني اوبالسعرالرسمي .
- المبحث الثاني : طلب تمليك الشيء المرهون من طرف القاضي .
  - المطلب الاول : شروط تملك المرهون.
  - المطلب الثاني : كيف يستوفي الدين المرهون الذى حل اجله قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن.

الفصل الثاني : التنفيذ على الرهن التجارى .

- المبحث الاول : التنفيذ بالبيع الجبرى .
  - المطلب الاول : يجب على الدائن ان يبلغ المدين اوالكفيل العيني .
  - المطلب الثاني : يجب على الدائن ان يباشر التنفيذ على المرهون بعد مرور 15 يوما .
  - المطلب الثالث: يجب اجراء البيع بالمزاد العلني .
- المبحث الثاني : طلب من المحكمة بان تملك له الشيء المرهون.
  - المطلب الاول : الجدال الفقهي الذى ثار حول موضوع تملك المرهون في الرهن التجارى .

./.

القسم الثاني

الاحكام الخاصة برهن المنقول الحيازي

الباب الاول

القواعد الخاصة بالمنقول المادى

الفصل الاول

في كيفية انشاء الرهن وثبوته

المبحث الاول : الرهن المدني الوارد على المنقول المادى .

سبق ان راينا من خلال الاحكام العامة ان الحيازة تعتبر شرطا عاما لتنفيذ اى رهن في حق الغير (ماديا كان ام معنويا مدنيا كان ام تجاريا) وبجانب هذا الشرط العام استلزم المشرع في الرهن المدني الوارد على المنقول المادى تدوين عقد الرهن في محرر عرفي ثابت التاريخ وفق القواعد العامة (1) ويشترط ان يثبت هذا التاريخ قبل تعلق حق الغير بالشيء (2).

---

(1) المادة 328 مدني و 1925،1،1951 D. -Civ.18/6/1950
- NANCY.17/1/1888.D.P.93.2.158.

(2) ان المقصود بالغير الذى يتطلب تدوين الرهن في ورقة عرفية ثابتة التاريخ للاحتجاج ضده، هو كل من كان غيرا ممثلا في التصرف الذى تشهد به الورقة، وعلى ذلك فكل من الاصيل والوارث والدائن العادى لا يعتبرون من الغير، والعكس يعتبر من الغير الخلف الخاص (وهو كل من انتقل اليه من السلف مال معين بالذات ويسرى في حقه، ويلحق بالخلف الخاص الدائن الحاجز.

السنهورى، الوسيط، ج 2 - ص 218/219.

./.

وبالاجمال ان المشرع لم يميز بين المال المرهون الذى لا تتجاوز قيمته 1000 دج والمال الذى يتجاوز هذه القيمة، من حيث اشتراط الكتابة (م 969 مدني) على خلاف ما سار عليه في القواعد العامة في اثبات الالتزام (م333 مدني) الامر الذى يثير التساؤل عما اذا كانت الكتابة مفروضة حتى في الرهون التي لم تبلغ قيمتها الحد القانوني المقرر في القواعد العامة والمشار اليها اعلاه؟

وامام اطلاق النص اختلف الفقهاء في تفسيره، اذ يرى البعض منهم (1) ان الكتابة الثابتة التاريخ تكون لازمة حتى في الرهون التي لم تتجاوز قيمتها الحد القانوني الذى فرضه المشرع في اثبات الالتزام.

اما البعض الاخر من الفقهاء، يرون من ان الكتابة الثابتة التاريخ غير لازمة متى كان كل من الدين المضمون والمال المرهون لا يتجاوزان الحد القانوني الذى تنص عليه القواعد العامة في الاثبات (2).

وبناء على هذا الراى فان الكتابة تكون واجبة فحسب عندما يكون الالتزام المضمون او المال المرهون او كلاهما يتجاوز الحد المقرر قانونا.

---

(1) شمس الدين الوكيل ،ص496، السنهوري ج 2، الاثبات ، ص 236.

(2) - GABRIEL et RAYNAUD.P.50
" La rédaction d'un écrit et la date certaine sont unitiles lorsque ni la créance garanti ni la chose donnée en gage n'éxédent pas la valeur prévue par l'article 2074/2Civil"

وايضا بهذا المعنى يقول الاستاذ مازو MAZEAUD المرجع السابق ص 77- ف 71، ويقول ان القضاء يستوجب الكتابة في رهن المنقولات المعنوية مهما كانت قيمتها ، بخلاف المنقولات المادية ، لان نص المادة 2075 مدني فرنسي لا يتضمن اى تحفظ في هذا الصدد.

./.

ونحن نفضل هذا الرأي الاخير، ذلك لان المشرع لما قرر الحد القانوني الذي يستلزم فيه الكتابة لاثبات الالتزام (بنص المادة 333 مدني) قد ادخل في الاعتبار البنية الاجتماعية في بلدنا والعلاقات التي تحكمها ، حيث انها تستند كثيرا على الثقة في المعاملات حتى وان كان التصرف ذا طبيعة مدنية،على نحو يختلف تماما عما هو عليه المجتمع الاوربي مثلا،او بعض المجتمعات الاخرى.

وعليه فينبغي ان ينظر الى الرهن من زاويتين :

1 ـ على انه التزام بذاته ، فيشترط تدوين عقد الرهن في محرر ثابت التاريخ متى تجاوزت قيمة الرهن الحد القانوني حتى لو كان الالتزام المضمون بالرهن اقل من هذا الحد .

2 ـ على انه التزام تبعي ، فيشترط فيه الكتابة او بعض منها بحسب الاحوال ، كلما اشترطت او لم تشترط في الدين المضمون .
وبهذا تتحقق رغبة المشرع وتتسق النصوص المقررة في القواعد العامة للاثبات مع تلك التي وردت في رهن المنقول .

ولا غرابة في اشتراطنا كتابة عقد الرهن الذي تجاوز قيمة المال المرهون الحد القانوني بالرغم من ان الالتزام المضمون لم يتجاوز هذا الحد ، ذلك لاننا نظرنا الى عقد الرهن من زاوية انه التزام بذاته والدور الذي تلعبه الكتابة في المرهون . فهي بجانب قاعدة اثبات انها قاعدة اشهار واعلام للغير بهذا الرهن لكي يسري عليه .

واذا كانت تصرفات المدين يحتج بها على الغير ان كان دائنا عاديا بدون اشتراط تدوين الدين الذي على المدين في محرر ثابت التاريخ .

فان الرهن لا يسرى في مواجهة نفس الغير الا اذا ابرم في عقد ثابت التاريخ ، ذلك حماية للغير من ان يحابي المدين احد دائنيه بتقرير له حق رهن وهو غير مستحق (1) او يبرم عقد الرهن في ظروف كان فيها المدين فاقدا اهليته.

وبالاضافة الى ذلك فان الكتابة الثابتة التاريخ يحدد بها مرتبة الرهن ان كانت رهونات متعددة على المال المرهون (2)؛ ومن هنا تتجلى لنا اهمية الكتابة في الرهون والدور الذي تلعبه. لذلك نرى اعفاء الرهن من الكتابة في حالة واحدة فقط وهي عندما يكون المال المرهون والالتزام المضمون اقل من الحد القانوني المنصوص عليه في المادة 333 مدني.

اما الحالات التي تكون قيمة هذا المال مساوية او اعلى من الحد القانوني المذكور فيشترط فيه الكتابة الثابتة التاريخ ولا يهم بعد ذلك مدى قيمة الالتزام المضمون.

ومتى كتب العقد يجب تبيان المبلغ المضمون بالرهن فيه والعين المرهونة بيانا كافيا بحيث يكون هذا التبيان نافيا للجهالة ومحققا الغاية منه وهو تمكين الغير من التعرف عليه ويكون للقاضي سلطة تقديرية في توافر هذه الشروط (3).

---

(1) الوتيل ، ص 496؛

(2) المادة 969 مدني ، وراجع GABRIEL et RAYNAUD.P.51.

(3) ما سبق ص 53 وما بعدها في الالتزام المضمون.

المبحث الثاني : ب) الرهن التجاري الوارد على المنقول المادي (تعريفه واثباته) •

المطلب الاول : تعريفه •

قبل ان نتطرق الى الاحكام الخاصة التي تنطبق على رهن المنقول المادي التجاري ، ينبغي علينا ان نشير باختصار الى الخلاف الفقهي الذي دار حول تعريفه ، فيرى البعض من الفقهاء وهم الاغلبية بأن الرهن يعتبر تجاريا متى انعقد ضمانا لدين تجاري بالنسبة للمدين (اى ان الصفة التجارية يجب ان يبحث عنها في شخص المدين (1) اما الفريق الثاني من الفقهاء ، يرى بان الرهن يعتبر تجاريا اذا كان الدين المضمون بالرهن تجاريا بالنسبة لاحد الطرفين (المدين اوالدائن)(2) •

---

(1) اكثم امين الخولي ، المرجع السابق ، ص 415 فقرة 354•

وراجع ايضا الاستاذ : LACOUR et BOUTRON, Ripert, ESCARA AUBRY et RAU, BAUDRY-LACANTIERIE et VOISIN, COLIN et CAPITAN

اشار اليهم الاستاذ فوي FOYE المرجع السابق ص 47 (مجموعة هاميل)
VIVANTE, taité de droit commerçial.T.IV.les obligations.Paris 5è Traduction par Jean ESCARA, sur la 3è édition Italienne. 1907-1909.P.53
"la nature de la dette garantie par rapport au debiteur principal determinera donc le caractère civil ou commerçial du gage".
- BROANE, nature juridique du gage des créances, thèse ايضا Paris 1939.P.53.

(2) عبد الحي الحجازي ، العقود التجارية ، 1954 ص 344• محسن شفيق فقرة 57 ، اشار اليه اكثم امين الخولي ، المرجع السابق ـ ص415 حاشية رقم 1 وايضا BEUDANT. cours de droit civil français les suretés personnelles et réelles. وايضا WALH, Precis T.I.n°153.
Théorique et Pratique de droit commerçial,n°1369 cité par VIVANT P.54. et Foyé, étude Hamel.P.47.
Dalloz.Rep.Pratique.P.275, n°21.T.VIII.

•/•

والواضح ان الرهن هو حق عيني تبعي فصفته التبعية هي التي تضفي عليه الطبيعة التجارية او المدنية (1) ٠

اذن فالعبرة بصفة الدين المضمون لا باطراف العقد او بطبيعة الشيء المرهون ٠

ويقول البعض من انه لا يهم ان ينشأ الرهن من المدين نفسه او كان بواسطة كفيل عيني (2) ٠

غير اننا نرى على خلاف هذا الراى من ان الرهن الناشيء من الكفيل العيني ضمانا لدين تجارى يبقى مدنيا ، والعمل التجارى لا يغير من طبيعته شيئا ، ذلك لصراحة النص الذى يقضي بان تعتبر كفالة الدين التجارى عملا مدنيا ولو كان الكفيل تاجرا ما لم تتعلق هذه الكفالة بورقة تجارية (م 651 مدني) (3) ٠

---

(1) حيث يقول -Jean Foyer(étude Hamel)P.50
"en matière de gage la loi si attaché a la nature accessoire du contrat et lui confère le caractère commerçial pa conti--mination de la dette principale".

(2) -Encyclopédie Dalloz.T.III.GAGE, n°2.
-DALLOZ Répertoire Pratique.T.VIII.P.275.n°21.
- J.C.Com.F.A.GAGE,n°8. - Trib.Civ.LILLE.9/3/1951.Rev.Trim.D.Com.1951.P.572.n°11.Ob..Henard.
-CABRILAC.J.C.Com.F.A. n°8
اشار الى الحكمين الاستاذ :
-Com.5/2/1962.Bull.Civ.III,n°72.P.59.
-Com.11/6/1974.Bull.Civ.n°190.
-Trib.Gd inst.STRASBOURG.22/4/1975.Rev.Trim.D.Com.1975.P.532,n°7.
الذى يتكلم عن الراهن دون تمييز بين المدين والكفيل العيني هذا الحكم يتعلق برهن السندات الاسمية ٠

(3) وبهذا المعنى يقول الاستاذ فوى -Foyer(étude Hamel)P.50.
حيث يرى ان عقد الكفالة العينية يبقى عقداً مدنياً وان كان الدين المضمون ذا طبيعة تجارية ، مالم تصدر الكفالة من تاجر ولمصلحة تجارية او كان قد التزم بقصد الحصول على الارباح او على الاقل لمصلحة خاصة به" le cautio--nnement a beau être lui aussi un contrat accessoire, la juris-prudence ne s'attache qu'a ses caractères intruisèques
./.

وعليه فباستثناء عمل الكفيل كما ذكرنا فالرهن يعتبر تجاريا كلما نشأ من شخص ضمانا لعمل تجاري، وذلك اعمالا بنظرية الاعمال التجارية بالتبعية بحسب الموضوع Acte de commerce accessoire par son objet او يفترض ان الرهن تجاري عندما يقوم به التاجر وكان الرهن لحاجته التجارية، اعمالا بنظرية الاعمال بالتبعية بالعلاقة (Acte de commerce accessoire par son lien)(1) ولا يهم بعد ذلك ان كانت العطية التي يضمنها الرهن تجارية بالنسبة للمدين وحده ام للدائن فحسب او كلاهما معا. هذا مانصت المادة 1/31 تجاري التي تقول " يثبت الرهن المتمم من تاجر او غير تاجر لاجل عمل من الاعمال التجارية، تجاه الغير وبالنسبة للمتعاقدين طبقا لاحكام المادة 30 تجاري" فهذه المادة قد حررت اثبات الرهن بالنظر الى العمل التجاري الذي يضمنه لا بالنظر الى الشخص الذي يقوم به.

هذا ويترتب عن اختلاف الرهن التجاري عن الرهن المدني اختلاف في الاحكام المطبقة على كل منهما، ونخص بالذكر هنا الاثبات ثم التنفيذ، اما الاثبات فنتناوله في الموضوع الذي يلي، ونرجىء التنفيذ الى موضوع اخر في هذا البحث(2).

---

elle retient en principe sa nature de contrat de bienfaisance".

(1) Michel de Juglart et Benjamin IPPOLITO, cours de droit commerçial, 1er volume, 4è éd. Paris.1971.P.119.n°79.et P.124 et suiv.

(2) ما سياتي ص 254.

./.

المطلب الثاني : اثبات الرهن التجارى (الوارد على المنقول المادى) ٠

يختلف الرهن المدني الوارد على المنقول المادى عن الرهن التجارى من حيث شرط الكتابة ٠ فبينما يشترط توافر الكتابة الثابتة التاريخ للاحتجاج بالرهن ضد الغير في الرهن المدني (1) فان الرهن التجارى لا يشترط كل ذلك بل يكفي للاحتجاج به ضد الغير مجرد توافر شرط الحيازة ٠

وعليه فان الرهن التجارى يثبت بجميع الوسائل ويحتج به ضد الغير دون توافر شرط الكتابة وان وجدت فلا يشترط منها ان تكون ثابتة التاريخ (2) ذلك لان المشرع قدر من ان الخطورة التي تحيط عقد الرهن ليست اشد من تلك التي تحيط بعقد البيع، وبما ان هذا الاخير لا يشترط في انعقاده ولا في اثباته اية شكلية فمن باب اولى ان يعفي عقد الرهن منها ٠

وان اتخذ المشرع هذا المسلك انما يقصد من ورائه تسهيل ابرام العمليات التجارية بسرعة والتي هي احدى مناط القانون التجارى ٠

---

(1) -NANCY.17/1/1888.D.P.93.2.158.
اشار الى الحكم -J.Foyer.Encyclopedie Dalloz Com.T.III,n°14.

(2) ان الرهن التجارى مثل الرهن المدني قبل تشريع نابليون بل كان الرهن التجارى يخضع لشكلية اشد من الرهن المدني قبل ذلك وفي هذا يقول الاستاذة مازو ما يلي : "ces formalité ou été imposes par l'ordonnance de Moulins, elle ont même été renforcées à l'égard des comerçants par l'ordonnance sur le commerçe de 1673; mais les rédacteurs du code civil les ont entièrement suprimées pour le gage commerçial" P.77.n°71.

الذلك فان الرهن التجاري يجوز اثباته بالرسائل المتبادلة بين الاطراف (1) وبالدفاتر التجارية (2) او بواسطة فاتورة مقبولة، او حتى الاتفاقات الشفهية التي يمكن اثباتها بشهادة الشهود (3) بالاضافة الى ذلك فان قضاة الموضوع بامكانهم استخلاص وجود الرهن من ظروف واقعة التسليم على ان نية الاطراف قد اتجهت (من خلال واقعة التسليم) على انها وقعت على سبيل الرهن (4) وهذا ما يسمى بالرهن الضمني (5) ويحتج به ضد الغير بالرغم من عدم النص عليه في العقد صراحة (5).

---

(1) اشار اليه : -Req.13/5/1878.D.P.1879.1.68.FOYER.ENCY.N°14.
-Com.10/2/1964.Bull.Civ.III.n°62.CABRILAC.F.A.N°18.

(2) -Req.13/5/1878.D.P.1879.1.68.Foyer Ency.N°14.
وايضا -Ripert, traité élémentaire de droit commerçial, 9è éd. Paris 1977.P.199.N°339.
-Ripert, traité élémentaire de droit commerçial,4, éd.Paris1959. Page 153.N° 318 à 321.

(3) -Civ.9/1/1905.S.1907.1.115/FOYER.ENCY.n°14.
- Rouen 20/12/1905.D.P.1908.2.177/FOYER-ENCY.N°14.
- FOYER(Erudes Hamel) P.52.

(4) -Encyclopedie-Daloz.com.I.III, Gage, n°14.
"Le juge de fond peuvent induire des circonstance de la remise de la chose la volonté courcordante des deux parties de la remette à titre de nantissement".
- Req.11/4/1933.Rec.Serey.1933.1.248.

(5) -Foyer(étude Hamel) page 52 " elle permet au juge commerçial de reconnaitre aisement une stipulation de gage dans la clauses d'un contrat.Le nantissement sera opposable aux tiers encors qu'il n'est pas été explicitement convenu, et soit seulement implicité"
- Rep.DALLOZ.II.P.481.N°172.2è.

./.

وهكذا يكون للقاضي ان يقر لبائع المنقول بحصا فوريا بأن له حق الرهن على البضائع التي لم يتم تسليمها بعد ، وبالتالي يحتج بهذا الرهن ضد وكيل التفليسة حتى يستوفي ثمنها . ونظرا لتقلب الاسعار فان قبل ثمنه عن مبلغ الدين الاصلي ، فيكون للبائع ايضا بأن يطالب بالباقي كأى دائن عادى (1) .

الخلاصة : ان الرهن التجاري يخضع لنظام الاثبات الحر طبقا لنص المادة 1/31 تجارى التي تحيلنا الى نص المادة 30 تجارى .

هذا وان كانت المادة 30 مدني قد وردت بصدد البيع التجارى الا ان المشرع قد اراد بها ان تطبق في مجال اوسع وهذا الاتجاه متفق تماما مع ما انتهى اليه القضاء الفرنسي (2) .

اما في مصر فالامر قد اثار خلافا فقهيا حيث يتجه البعض الى القول باطلاق حرية الاثبات في الرهن التجارى استنادا الى التعديل الوارد على المادة 76 تجارى مصرى بمقتضى القانون الصادر سنة 1954(3) .

---

(1) - Foyer (étude Hamel)P.53.

(2) - Ripert.taité élémentaire de droit commerçial.P.109 et200 T.I.1959.
مستدلا بالاحكام الاتية :

- Civ.17/5/1892.D.92.1.603.
Civ. 21/2/1893.D.93.1.317.
Req.27/6/1898.D.89.1.115.
Req.31.12.1935.D.H.1936.66.
Req.2/7/1941.D.A.1941.291.

وايضا - Les MAZEAUD.T.III.1è VolumeP.77.N°71.

(3) اكثم امين الخولي ، المرجع السابق ص 418/417 .

./.

اما البعض الاخر فلا زال متأثرا بالجدل الذى ثار بين الفقهاء، قبل هذا التعديل، حيث يرى انه ليس هناك فرق بين الرهن التجارى والرهن المدني، من حيث اشتراط الكتابة الثابتة التاريخ للاحتجاج بالرهن التجارى على الغير(1)•

هذا ولما كان المدين لا يقدم على ابرام عقد الرهن في اغلب الاحوال الا اذا كان في حالة مالية محرجة(2) فانه يعاب على مبدأ حرية الاثبات في الرهون على انه خطير اذ يمكن للمدين ان يحابي بعض دائنيه برهن غير مستحق، في فترة الريبة، ويستبعد شبهة فترة الريبة هذه عن عقد الرهن بوسائل لا اساس لها، كشهادة زور او مجاملة، او برسائل مقدمة التاريخ (3)

غير ان بعض الفقهاء يستبعدون هذا الاحتمال استنادا الى قلة الاحكام الصادرة بشأن الرهون المزيفة ويقولون ان هذا لدليل على ان التزييف قليل الوقوع من الناحية العملية(4)•

---

(1) السنهوري، الاثبات، ج 2 - ص 236، حاشية رقم 1•

(2) في بلدنا بالخصوص، اما في البلدان الاوربية فالرهن قد اصبح وسيلة من وسائل الائتمان في الوقت الحاضر• راجع ما قلناه في المقدمة•

(3) اشار اليهم فواى . THALLER et PERCERON, N° 1076.

(4) Foyer.P.51. "la liberté admise en 1863 n'a portant pas suscité une jurisprudence abondante, si elle avait engendré des abus nombreux, les tribunaux n'auraient pas manqué d'imaginer des moyens permettant de la restreindre.Il s'y sont au contraire refusés".

•/•

ونحن لا نتفق مع هذا الاستنتاج ، ونرجح الرأي القائل بان قلة الاحكام التي صدرت في الرهون الصورية او المزيفة ، لا يدل ذلك على عدم وجود رهون مزيفة ، وانما قد يدل ايضا على شيوع هذا التلاعب مع صعوبة اكتشافه (1) .

واخيرا اذا كانت صفة الدين المضمون هي التي تضفي على الرهن صفته التجارية او المدنية بالتبعية فان هذه الصفة قد تثير بعضا من النصوص في الاعمال المختلطة ، ذلك ما سنراه في الموضوع التالي :

الفصل الثاني : الرهن الناشيء عن العمل المختلط .

تطبيقا لما سلف ليس هناك صعوبة لمعرفة طبيعة الرهن والاحكام المطبقة عليه عندما يكون الدين المضمون بالرهن ناتجا عن عملية تجارية او المدني بالنسبة لكل من المتعاقدين كتحرير الكمبيالة مثلا او ابرام عقد القرض .

لكن المشكلة تثور عندما يكون الدين المضمون ناشئا عن عمل مختلط بحيث يكون تجاريا بالنسبة لطرف ومدنيا بالنسبة للطرف الاخر . وتزداد المشكلة تعقدا عندما يكون العمل التجاري المرتبط به الدين

---

(1) انظر امين الخولي ، المرجع السابق ص 418 حاشية رقم 1 .
وبهذا يقول الاساتذة مازو المرجع السابق ص 77 فقرة 71 حيث يقولان ما يلي : l'éxigence d'un écrit à été écarté pour le gage commerçial en raison de la rapidité nécessaire des opérations du commerçe; aussi les fraudes qui viement d'être signalées, sont elles fréquentés à l'occasion des faillités".

./.

المضمون ليس تجاريا بطبيعته، وانما الصقت به هذه الصفة لما يهدف اليه par distination هذا العمل (1)٠

ولما كانت نظرية العمل المختلط يشوبها الغموض لدى القضاء الفرنسي ولم يرفع هذا الغموض من طرف التشريع بحيث يستحيل تطبيق احكام القانون المدني والتجاري على عملية واحدة ولاسباب فنية ذلك انه من غير المعقول ان تخضع عملية الرهن لقواعد مدنية وتجارية في آن واحد ٠

فتدخل الفقه لمعالجة الموضوع قائلا بأن صفة الدين هي التي تضفي على الرهن ويكون بالتالي تجاريا او مدنيا تبعا لصفة الدين الاصلي ٠ غير ان هذا الفقه قد اختلف حيث ان فريقا منه قد اشترط ان يكون الدين تجاريا او مدنيا بالنظر الى المدين فقط(2) اما

---

(1) ان عقد القرض مثلا فهو اصلا عمل مدني ،ولا يمكن ان يكون تجاريا الا بوجود علاقة٠ فاذا كان المقترض تاجرا فيكون العقد تجاريا على اساس نظرية الاعمال التجارية بالتبعية وتقوم القرينة التجارية حتى يدحضها هو باثبات عكسها ٠ اما اذا كان المقترض شخصا مدنيا ،فلا يكون عقد القرض تجاريا حتى يثبت تجاريه٠ ولذلك نقد قضى القضاء الفرنسي بتاريخ 1913/11/30 على ان الرهن الضامن لدين حصل بقصد شراء اسهم للمضاربة على انه رهن تجاري لانه وان كان القرض عقدا مدنيا بطبيعته لانه خصص بقصد انجاز عملية بطبيعتها تدر على المدين الارباح

Foyer.P.48.

(2)
- Foyer.P.47.
- CABRILAC.J.C.Com.F.A.N°8." le fait que le creancier consente un prêt dans l'exercice de son commerçe, comme le fait nota--mment le Banquier, ne rend pas pour autant le gage commer--çial" مستند جدا بالاحكام التالية
-Cass.Civ.25/7/1895.D.P.96.1.193.
-Trib.Civ.24/5/1883.
-VIVANT.P.53. المرجع السابق

./.

الفريق الثاني يقول ان صفة الدين (تجارية ام مدنية) يجب ان تتوافر بالنسبة للطرفين او على الاقل في اى منهما (1) .

ونحن قد سبق ان اعطينا راينا في هذا الموضوع ورجحنا النظرية الاخيرة عندما عرفنا الرهن التجاري (2) وقلنا ان العبرة بصفة الدين المضمون لا باطراف العقد او بطبيعة الشيء المرهون .

وبجانب هذه المشكلة التي قدم لها الفقه علاجا ، هناك مسالة اخرى تستوجب الوقوف عندها وهي حالة ما اذا كان الدائن المرتهن قد قدم قروضا للمدين في اشكال تجارية لاعتقاده ان المدين بها قد يستعمل هذه القروض لاغراض تجارية بناء على تصريحات هذا المدين او مظاهره . ثم يتضح الامر بأن هذه المبالغ قد استعملت لتحقيق اغراض مدنية .

ولكي يتوضح المشكل نعطي المثال التالي : تاجر يتقدم الى بنك طالبا منه القرض بحجة حاجاته التجارية ثم يستعمل هذه المبالغ التي يحصل عليها لشراء منزل ليسكنه .

وبهذا المثال تثور مشكلة صلاحية احتجاج الدائن بالرهن الذي انعقد في اشكال تجارية ضمانا لدين مدني .

---

(1) يقول الاستاذ WAHL.Précis Théorique et Pratique de droit commerçial " l'art. 91. Com. ne fait aucune distinction et comme il s'applique vis-a-vis des deux parties quand l'acte est commerçial pour le Débiteur seul on doit admettre comme naturel qu'il ait entendu s'appliquer également vis-a-vis des deux partiers quand l'acte est commerçial pour le créancier seul" Foyer.P.48.VIVANT.P.54. et CABRILAC.J.C.C.FA.GAGE.N°8.

(2) ما سبق في البحث — ص183 .

./.

ان القول بعدم صلاحية هذا الاحتجاج ، معناه اننا نضحي بمصلحة الدائن وقد لا يكون مذنبا ، وامام هذا الوضع اجاب الفقه على ان الرهن يكون صحيحا وصالحا للاحتجاج به طبقا لقواعد القانون التجاري ، متى كان الدائن في وضع يسمح له بأن يغتر بالمظهر ويثق في تصريحات المدين ، على ان المبلغ المقترض سيوجه لتحقيق حاجيات تجارية .

مثلا اذا كان المقدم على الاقتراض تاجرا فان الاغترار بالمظهر يمكن ان يكون سببا مبررا لاعتداد بالرهن ذلك ، لان القانون يقيم قرينة على ان تصرفات التاجر كلها تجارية حتى يثبت عكس ذلك ، وبالتالي فصفة التاجر ذاتها تكفي لان تكون ظرفا يسمح للدائن بان يعتقد بان المدين سوف يستعمل المبلغ لتحقيق اغراض تجارية حتى وان كانت تصريحات المدين ليس على حقيقتها (1) .

اما اذا كان المقدم على الاقتراض شخصا غير تاجر يوجب الفقه ، في هذه الحالة ، على الدائن/المقرض أن يتحفظ مقدما بتدوين محرر يتضمن تصريح المدين ، مفاده ان عملية القرض تهدف الى تحقيق عمل تجاري ، وبهذا يحمي الدائن الحسن النية من حالة غش المدين (2) .

---

(1) Lacour et Bouteron, Lyon, caen. Renault et Amiaud, Planiol Ripert et Bacqué. VIVANT.P.56.FOYER.49.

اشار الى هؤلاء : في المراجع السابقة

(2) DELOISON, traité des valeurs mobilieres, français et étranger et des opérations de Bourse, n° 287 cité par Vivant.P.56.

المرجع السابق .

./.

وعليه اما كان عقد القرض هو في الاصل عقد مدني، فمن يدعي خلاف هذا الاصل، فعليه ان يعد العدة ابتداء لاثبات عكس ما يدعيه، ولما كانت مصلحة الدائن، بادعاء الرهن التجاري، فما عليه الان يشترط تاريخ مكتوب من المدين والا اعتبر مهملا او مخطئا فيتحمل بالتالي نتيجة خطئه.

وبهذا تنتهي الكلام عن ماهية رهن المنقولات المادية مدنية كانت ام تجارية لننتقل الى النوع الثاني من المنقولات المعنوية ونخص بالدراسة منها الديون العادية والاسهم والسندات في المواضيع الاتية:

الباب الثاني

رهن المنقولات المعنوية

تمهيد :

فيما سبق قلنا ان للرهن الحيازي الوارد على المنقول نوعان من الاحكام :

- اما النوع الاول، فهي احكام عامة تخضع لها جميع انواع الرهون مدنية كانت ام تجارية، مادية كانت ام معنوية وهي اشتراط توافر القواعد العامة في نشوئها، وتوافر شرط انتقال الحيازة المادية او الرمزية في نفاذها على الغير.

- اما النوع الثاني، فهي احكام خاصة تختلف باختلاف صفة الرهن (تجاريا ام مدنيا) وطبيعة المال المرهون (ماديا ام معنويا).

وقد سبق ان درسنا الاحكام الخاصة التي تخضع اليها رهن المنقولات المادية، بقي لنا معرفة تلك التي تطبق على المنقولات المعنوية. وبما ان هذا النوع الاخير من الاموال متعدد (1) ومتفاوت في الاهمية، اقتصرنا في بحثنا على دراسة الاهم منها، وبالتالي فينصب كلامنا على دراسة رهن الديون العادية، والاسهم والسندات، فحسب، دون الانواع الاخرى كما اشرنا عن ذلك في المقدمة، وذلك تقديرا منا بأن المنقولات المعنوية تحتاج الى بحث خاص بها.

---

(1) د. شمس الدين الوكيل، المرجع السابق - ص 469.
وسنذكر اهم هذه الانواع في موضوع الديون القابلة للرهن في ص 196.
تجنبا للتكرار.

./.

الفصل الاول

رهن الديون العادية

قبل ان نتعرض الى دراسة موضوع رهن الديون العادية ،وما تثيره من المسائل ،فضلنا ان نخص هذا الموضوع بمبحث خاص نشير فيه الى الخلاف الفقهي الذى اثير بصدد تحديد الطبيعة القانونية لرهن الديون العادية ،دون الخوض في هذا النقاش حتى لا نحيد عن موضوع بحثنا ، كما نعرف للقارئ ما هي الديون القابلة ان تكون محلا للرهن .

المبحث الاول : الطبيعة القانونية لرهن الديون والديون القابلة للرهن .

المطلب الاول : الطبيعة القانونية لرهن الديون .

ان التكييف للطبيعة القانونية لرهن الديون قد اثار خلافا حادا بين الفقهاء ،ومن هذه الاراء من يرى بأن رهن الديون ما هو الا حق شخصي (1) . ورأى اخر يقول بانه حق عيني (2) . واخر يقول بانه حق شخصي من الدرجة الثانية (3)

---

(1) شمس الدين الوكيل ، المرجع السابق - ص 58 فقرة 28 و ص 555 ، كذلك شمس نيرة الحقوق العينية الاصلية ، ص66 ، اشار اليه الاستاذ تناغو ، المرجع السابق ص 400 حاشية رقم 1 ، وشمس الدين الوكيل ، المرجع السابق ص555 رقم 1 .

(2) ريقو RIGAUD.le droit réel, histoire et thecorie, son origine institutionnelle, thèse, Toulouse.1962.P.466/474.
ولقد اشار الى هذا المرجع الاساتذة علي علي سليمان ، المرجع السابق - ص 599 فقرة38 حاشية رقم 1 وتيڤانتي VIVANT المرجع السابق ، ص43 الى 48 - تناغو ، المرجع السابق - ص400 فقرة146 .

(3) بروان BROANE, Nature juridique de gage de créances, thèse. Paris. 1939.P.150 et suit.

./.

وراي يقول بانه مزيج بين الحقين لكنه اقرب الى الحق العيني منه الى الحق الشخصي (1) .

ونحن لا نريد الوقوف عند هذه النظريات،تقديرا منا ان الموضوع يحتاج الى بحث خاص به،وانما نريد فقط تنبيه القارئ من ان هذا الموضوع شائك،قد استوقف الفقهاء طويلا ولازال الجدل حوله الى يومنا هذا .

المطلب الثاني : الديون القابلة للرهن .

لكي يكون الدين قابلا لان يكون محلا للرهن يشترط فيه ان يكون قابلا للحوالة او الحجز عليه (م 977 مدني) ويكون الدين غير قابلا للحوالة اما بمقتضى القانون او العقد او طبيعة الالتزام ذاته (2) وعلى ذلك فلا يجوز رهن المهايا،او دين النفقة،او دين المعاش،لان هذه الديون غير قابلة للحجز عليها،كذلك لا يجوز رهن الدين الذى وقع عليه الحجز في يد الغير (3) .

---

(1) محمد وحيد سوار، المرجع السابق، الحقوق العينية التبعية، ج 2،ط 69/68 ص 260 بند 364 .

(2) السنهوري، الوسيط ج 3 (الاوصاف، الحوالة،الانقضاء) ص 458 وما بعدها .

(3) نقض فرنسي ، غرفة العرائض بتاريخ 1946/1/11 سيرى 1946/1/44 اشار اليه Suzanne Rogier de la mise en gage de créances en droit français thèse, 1929.Paris.P.65.
وبهذا المعنى يقول الاستاذ شمس الدين الوكيل ص 556 اذ يقول " اذا كان للراهن دائنون اخرون، والتجأ احد منهم الى حجز ما للمدين لدى الغير، لانه اصبح مركزا مفضلا بمقتضى الرهن " بمعنى ان الدين كان مشغولا بالرهن قبل اجراء الحجز عليه . اما اذا كان العكس بحيث وقع الحجز على الدين قبل اجراء عملية الرهن ثم قدم الراهن هذا الدين المحجوز في يد الغير كرهن، فان هذا الرهن لن يفيد الدائن المرتهن في شيء، لان الرهن وقع على دين سبق ان وقع الحجز عليه .

./.

اما اذا كان الدين قابلا للحوالة او بالبيع بالمزاد العلني بصفة مستقلة ،فيكون صالحا ان يكون محلا للرهن ،وعلى ذلك فذل المنقولات المعنوية ،كحق المؤلف وبراءة الاختراع والمحل التجاري ، والعلامات والبيانات والاسماء التجارية ، وحق الايجار وبواليص التامين القابلة للتحويل (1) والاسهم الاسمية (2) والنقود الاثرية (3) كل هذه الاموال يجوز رهنها لانها قابلة للحوالة او بالبيع بالمزاد العلني بصفة مستقلة .

اما الديون غير الثابتة بالكتابة ،في نظري ،انه يجوز رهنها لكن لا يجوز الاحتجاج بها ضد الغير لاشتراط المشرع حيازة سند المثبت للدين (4) .

واما السندات الغير قابلة للتحويل ، والحقوق العينية التبعية ، كحق الرهن الرسمي وحق الرهن الحيازى وحق الاختصاص وحقوق الامتياز ، لا يجوز رهنها لانها لا يمكن بيعها استقلالا بالمزاد العلني (5) .

---

(1) اما وثيقة التامين على الحياة فيمكن رهنها لكن عند التنفيذ عليها قد يثار مشاكل بسبب الطبيعة الشخصية للحق المؤمن عليه
Flour, la mise en gage des Polices d'assurance sur la vie.Rev.Gén. des assurances trrestes, 1935.P.702.
MARY et RAYNAUD.P.43.N°67. اشار اليه الاساتذة : في المرجع السابق .

(2) اذ يقول MARTY et RAYNAUD.P.42.N°67.
"les valeurs mobilieres peuvent être mise en gage dès l'instant qu'elles sont cessibles; il n'est pas necessaire qu'elles soient négociables en Bourse"

(3) علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 556 .

(4) Dalloz.Repert.Pratique, nautissement.P.277.N°44.T.VIII.

(5) السنهوري ، الوسيط ، ج 10 ، ص 764 فقرة 516 . علي سليمان ، المرجع السابق ، ص 598 وما سبق في البحث ص32 . وقد تكلمنا بنوع من التعمق عن الموضوع .

./.

كما يجوز رهن الدين المعلق على شرط واقف ام فاسخ (1) بل يجوز رهن حتى الدين الاحتمالي (2) متى كان هناك احتمال مجاور، يجعل منا نتأكد من ايجاد هذا الدين المعني بالرهن (3) •

اما رهن الديون المستقبلة، فعند الراى الغالب، يكون العقد باطلا (4) لانه تصرف في تركة مستقبلة التي حرمها القانون (م2/92) ومنافية لنص المادة 969 مدني الذى يكرس مبدأ التخصيص بقولها "٠٠٠ان يدون العقد في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها المبلغ المضمون بالرهن والعين المرهونة بيانا كافيا " (5) •

---

(1) Civ.27/1/1908.S.1910.1.537. Note Naquet.
اشارت اليه الاستاذة: D.1910.1.522.ROGIER.P.63.

(2) لما ان عقد الرهن الحيازى في فرنسا من العقود العينية فيشترط في انشاء الرهن عليها تسليم سند الاعتراف بالدين للدائن لكن بدون ابلاغ المدين بعقد الرهن •
ROGIER.P.63.
MARTY GABRIEL et RAYNAUD.P.42.N°66.

(3) وبهذا يقول الاستاذ: CRABRILAC.J.C.Com.F.B.1981.N°13.
حيث يقول "ان الفقه التقليدى يرى بعدم امكان رهن الديون الاحتمالية لكن القضاء اخذ موقفا وسطا حيث أكد موقف الفقه بقوله اذا كان الدين مجرد احتمالي لا يمكن رهنه لكن عندما يكون هناك احتمال مجاور يجعلنا نتاكد من ايجاد هذا الدين فيمكن رهنه" •

(4) السنهوري، ج 10، ص 757 فقرة 512 " الذى يقول ان حكمة الابطال ترجع الى عدم تعيين المال تعيينا كافيا، اما اذا عين المال تعيينا كافيا وهو غير مالك له فنكون امام رهن ملك الغير، وعلى ذلك يختلف الحكم ويكون قابلا للابطال فقط"•وراجع الوكيل، ص 47 وما بعدها • واحمد وحيد سوار، المرجع السابق، الحقوق العينية التبعية، ص 193 ف 265•

(5) وبالخلاف ان هناك بعض الفقهاء، وبعض الاحكام القضائية، تقول بان الدائن المستقبل وان كان لا يصلح ان يكون محلا للرهن، فان ذلك لا يمنع من ان يكون محلا للوعد بالرهن، لا ينشا هذا الاخير الا بانشاء الدين الموعود به -M.DEMOGUE.Rev.Tri.
D.CiV..1904.P.172.N°1. Cass.Civ. en date de 8/1/1908.Rev.
Trim.D.Civ.1908.P.369.N°42.Ob.Demogue.
واشار اليه الاستاذ CABRILAC المرجع السابق J.C.Com.F.B.N° 15.

•/•

ويجدر بنا ان نلاحظ ان هذه المادة (969 مدني) تنظم العلاقة التي تكون بين الدائن المرتهن والغير وبالتالي فانها تتكلم عن شروط سريان الرهن تجاه الغير، لا عن شروط انشائه.

كما يلاحظ بأن المشرع لم يحيل الى ما نصت عليه المادة 886 م التي تقرر مبدأ التخصيص للمال المرهون (1) على غرار ما فعل المشرع المصري.

وبالرغم من هذا النقص، ففي نظرنا ان المشرع لم يريد اعفاء الرهن الحيازي من شرط التخصيص، بدليل انه لو قصد ذلك لما استلزم تعيين العين المرهونة تعيينا كافيا، عندما يراد الاحتجاج بالرهن ضد الغير، وقد سبق ان دعونا الى استدراك النقص التشريعي الملحوظ الذي ورد سهوا من المشرع لا قصدا منه (2).

هذا ونشير اخيرا انه لا يهم ان ينشأ الرهن من طرف المدين نفسه او من كفيل عيني، انما يشترط ان يكون الراهن اهلا للتصرف ومالكا للدين المرهون.

ويلاحظ انه بعكس رهن المنقولات المادية، ان رهن الدين، من غير مالك، لا يترتب عليه قابلية الابطال فحسب، بل لا يعتد به بتاتا، ولا يمكن للمرتهن حسن النية ان يتمسك بقاعدة الحيازة،

---

(1) J.Foyer.Encyclopédie, n°16. " la règle de la spécialtété quand aux bien, grèves, s'applique, au contraire, au gage commerçial comme en gage civil, elle est lisé à l'éxigence d'une dépossession".

(2) ما سبق في البحث ص34 فيما يتعلق برهن المال المستقبل.

./.

لان هـذه تخص فقط حيازة المنقولات المادية دون المعنوية (1) •

المبحث الثاني: شروط نفاذ رهن الدين في تجاه المدين والغير•

تختلف الشروط المفروضة لنفاذ الرهن باختلاف ما اذا كان يراد بالنفاذ على المدين الملتزم بالدين المرهون، ام يراد به النفاذ على الغير• وكذلك تختلف الاحكام الواجب تطبيقها باختلاف ما اذا كنا امام رهن مدني ام تجاري، ولمعالجة الموضوع توضينا تقسيمه الى رهن مدني ورهن تجاري•

المطلب الاول: الرهن المدني•

يشترط لنفاذ الرهن في حق المدين ابلاغه بعقد الرهن (المادة 975 مدني) او الحصول على قبول منه كاجراء معادل للابلاغ•

ويشترط لنفاذه في حق الغير تدوين الرهن في محرر ثابت التاريخ، وتسليم السند المثبت للدين المرهون للدائن المرتهن او العدل، وان يكون الاعلان الذي حصل للمدين الملتزم بالدين المرهون او القبول الحاصل منه ثابتي التاريخ •

لذلك نتناول هذا الموضوع في ثلاث نقاط اساسية:

-1- الكتابة•

-2- الحيازة•

-3- الابلاغ•

---

(1) وبهذا المعنى يقول الاساتذة:

CARBRILAC.J.C.Com..F.A.N° 16.
MARTY et RAYNAUD.P.43.N° 63.

في الحاشية رقم 2:

" S'il s'agissait de la mise en gage d'une créance par une personne non titulaire de celle ci, le véritable titulaire ne paurrait se voir opposer la constitution de gage ni les paiements qui auraient pu être faits lors de sa réalisation".

وبهذا المعنى:

DALLOZ.Rep.Pratique?T.VIII.N° 276.N° 31.

•/•

البند الاول : الكتابة .

لقد اشترطت المادة 975 مدني بان يبلغ المدين بعقد الرهن مما يستوجب كتابته على النحو الذى بينته المادة 969 مدني بقولها يجب تدوين عقد الرهن في مكتوب ثابت التاريخ يبين فيه المبلغ المضمون بالرهن والدين المرهون بيانا كافيا .

وغني عن البيان ان هذا التحديد يجنب الدائن المرتهن عدة مشاكل التي قد يثيرها المدين الملتزم بالدين المرهون، عند ما يستعمل حقه في الدفوع المقررة بنص المادة 248 مدني، اذ ان من الاهمية بمكان، معرفة الدائن المرتهن قيمة الدين، وسببه، وميعاد استحقاقه، والحقوق المترتبة عليه، وهذا التعيين ايضا يجنب الدائن الاعمال الصادرة من المدين فيما اذا كان يعمل على استبدال محل الرهن بما اقل منه قيمة (1) .

وعليه فالكتابة تقررت لتقوم بدورين معا، فهي السبيل الوحيد لاثبات التزام الراهن في الرهون المدنية، طبقا لنص المادة 333 مدني (2) وايضا ان الكتابة تمنع المدين من القيام باعمال الغش المحتمل، وخاصة تلك الاعمال التي تهدف الى تقديم تاريخ عقد الرهن، لافلات المال من الحجز عليه، او تلك التي ترمي الى تقديم حق الدائن على غيره من الدائنين .

---

(1) ما سبق في البحث ص 110 .

(2) ولا نتفق مع الاستاذ اكثم امين الخولي، المرجع السابق، ص 426 فقرة 360 حينما يقول " يجب لتمام الرهن فيما بين الطرفين قبول المدين للرهن او اعلانه به . وفي نظرنا ان هذا الراى يخلط بين العلاقة التي تربط الدائن المرتهن والمدين الراهن وبين العلاقة التي تربط بين الدائن المرتهن والمدين الملتزم بالدين المرهون الذى هو اجنبي عن العقد الا في حالة صدور قبول منه . ويخلط بين الاجراءات المفروضة لاثبات انعقاد الحوالة وبقائها والا جراءات المفروضة لنفاذ الحوالة في تجاه المحال عليه او الغير، ويوافق هذا الراى الاستاذ حسن يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي ـ ص 73 . وبالتالي يوجه له نفس الانتقاد ذلك لان عقد

./.

السابقين له في المرتبة، وفي نفس الوقت فهي تستبعد الاستثناءات التي تقررها القواعد العامة في الاثبات،كالاستعانة بشهادة الشهود ، والقرائن في الاحوال التي يسمح القانون بذلك. وهي ايضا الوسيلة الوحيدة التي تمكن الدائن المرتهن بان يحتج برهنه ضد الغير ، (مواد 32 تجاري و 969 مدني)• مما يبين بان دور الكتابة في الرهون يكتسي اهمية خاصة (1)،فهي بجانب كونها قاعدة اثبات الرهن الذى على الراهن، فهي قاعدة اشهار واعلام الغير بوجود الامتياز ويرتبط بها وجودا وعدما • كما لا يخفى الدور الذى تلعبه قاعدة ثبوت التاريخ ، فهذه القاعدة تظهر اهميتها بالخصوص في الرهون، فاذا كانت القاعدة العامة تقضي بان تصرفات المدين تسرى على دائنيه العاديين وباشتراط ثبوت تاريخها (..) ،ففي الرهون يختلف الامر،اذ ان الامتياز يناط بقاعدة ثبوت تاريخ التصرف وجودا وعدما ، وبالتالي فلا يجوز الاحتجاج ضد الغير (دائنين عاديين أم ممتازين) الا اذا كان عقد الرهن مكتوبا وكان ثابت التاريخ ، ذلك تحقيقا لهدفين ،اولاهما ،تجنب الرهون الناشئة من فاقد الاهلية ، وتحديد مرتبة الدائنين المرتهنين عند التزاحم (2) ••

= الرهن عقد رضائي يتم بمجرد الاتفاق بين اطرافه ويصبح منشيء الاثر بين اطرافه دون ابلاغ المدين الراهن اوصدور قبول منه•
وبهذا المعنى يقول الاستاذ السنهورى "وتبقى القواعد العامة للاثبات هي المعمول بها •••الا ان الاجراءات الخاصة بحوالة هذه الحقوق ليست ضرورية الا بجعل الحوالة نافذة في حق الغير فهي ليست ضرورية لا للانعقاد الحوالة ولا لاثباتها بعد الانعقاد ••" وايضا الاستاذ محمد حسنين،عقد البيع في القانون المدني الجزائرى - ص 79•ونحن نستخلص من هذا القول انه اذا كانت الحوالة ذاتها تثبت بين المتعاقدين طبقا للقواعد العامة في الاثبات فانه يستساغ القول بان نفاذ الرهن بين المتعاقدين يقتضي اتباع اجراءات حوالة الحق؟

(1) ما سبق الاشارة اليه في البحث - ص 180 •

(2) MARTY et RAYNAUD, droit civil, 1971.T.III.volume 1.P.
وراجع ما سبق في البحث ص وما بعدها •

•/•

هذا ويثار مشكل رهن الدين الذى لم تعرف قيمته بعد ، كفتح اعتماد في حساب جارى او الرهن الوارد على الالتزام بعمل . فبينما يرى جانب من الفقه من انه تكفي الاشارة في عقد الرهن على سبب الدين .وذكر في هذا العقد بان قيمة هذا الدين لم تعرف بعد .

فيرى جانب اخر من ان تقييم الدين المرهون او الالتزام عامة ، ضروريا ،لانشاء الرهن عليه (1) .

ويثار أيضا مشكل اثبات عقد الرهن الذى لم تتجاوز او لم تبلغ قيمته الدين المرهون1000دج . في الاصل ان الالتزام اذا لم تبلغ قيمته 1000 دج يجوز اثباته بجميع وسائل الاثبات(م333 مدني) .

اما فيما يتعلق بالرهن،جاء المشرع بنص عام ،من غير تمييز بين قيمة الديون . والواقع ان المشرع لما استوجب ابلاغ المدين بعقد الرهن،معناه ان الكتابة مفروضة في كل الاحوال،(2) بخلاف ما قلناه في رهن المنقول المادى،حيث راينا بان يعفى الرهن من الكتابة في حالة ما اذا كان المال المرهون اقل من الحد القانوني المنصوص عليه في المادة333 مدني (4) .

ويستتبع هذا المشكل مسالة اخرى بالغة الاهمية وهي : رهن الدين غيرالثابت بالكتابة .

الواقع ان المشرع لم ينص صراحة على ذلك على النحو الذى فعلته بعض التشريعات(3) لكن لما تطلب تسليم السند المثبت للدين (م975/2 مدني) للدائن ، للدائن،للاحتجاج به ضد الغير،يفيد ان الكتابة ليست شرطا لانعقاد الرهن

(1) ROGIER SUZANNE. de la mise en gage des créances en droit français, thèse 1929.Paris .P.67 et 68.

(2) MARTY et RAYNAUD.P.50.N°81.

(3) تنص المادة1561 مجلة الالتزامات والعقود التونسية بمايلي "...ولا يصح رهن الدين الغير المثبت برسم" .

(4) قارن مع ما قلناه في رهن المنقول المادى في الموضوع ص180 .

./.

ولكنها شرطا للاحتجاج به ضد الغير، وعلى ذلك يكون الرهن الوارد على دين الغير المكتوب صحيحا بين اطرافه لان عقد الرهن عندنا عقد رضائي لانه لا يصح الاحتجاج به ضد الغير(1).

البند الثاني: الحيازة.

سبق ان عالجنا موضوع الحيازة كشرط عام لنفاذ رهن المنقول على الغير، وقلنا ان الحيازة نوعان مادية ورمزية.

وتسليم السند الذي اشترطته المادة 2/975 لكي يكون الرهن نافذا في حق الغير ما هو الا صورة من صور الحيازة الرمزية.

ونحن لا نريد ان نكرر ما سلف ان ذكرناه (2)، وانما نريد اضافة بعض الافكار المتعلقة بالخصوص بالحيازة الرمزية.

وهذه الافكار تخص الجدل الفقهي الذى ثار حول تقييم حيازة السند المثبت للدين، وحول نوعيه السند الذى تتم به الحيازة، واخيرا حول صفة الحائز. وسندرس ذلك على التوالي.

1 - الجدل الفقهي الذى ثار حول توافر شرط الحيازة في حيازة السند المثبت للدين.

ذهب جانب منهم الى القول بانه لا يمكن اعتبار حيازة السند المثبت للدين بمثابة حيازة حقيقية للدين نفسه.

---

(1) ما سبق في البحث ص 197.
(2) ما سبق في البحث ص 123.

./.

فعند سولا، ان الحيازة تتم بحيازة الحق لا بحيازة السند المثبت له. وبما ان الحقوق لا تتصور حيازتها ، فيمكن الاستغناء عن حيازة السند ويكتفي لتجريد المدين من الحيازة بابلاغه (1).

بل ويرى (الاساتذة بلانيول وريبير وبكي) (2) ان الحيازة ليست لازمة في رهن الديون ذلك لان تسليم سند المثبت للدين ليس شرطا جوهريا في الرهن، هذا السندات لحاملها ، وبالتالي فان نزع الحيازة من المدين الراهن تتحقق بمجرد الابلاغ.

ويضيف هذا الراى ان القضاء قد وقع في خطا في معنى تسليم الحيازة المطبقة على الرهون ، بخلاف الاشياء المادية والسندات لحاملها ، فهي لن تفيد تجريد المدين من الحيازة وهي ايضا لن تنبه الغير بالحق الوارد على الدين . بالاضافة الى ذلك ان اشتراط السند يكون عائقا لرهن الديون غير المكتوبة .

ورد على هذه الاراء(3) بان نص المادة 2076 مدني فرنسي (4) قد جاء .

---

(1) اشارت اليه الاساتذة DELVAS, thèse 1892, Paris. ROGIER p.79

(2) MM. Planiol et G.Ripert, traité pratique de droit civil français, T.XIII, suretés reeles, avec le concours de E.BELQUE. 1è Partie n°95.

(3) ROGIER SUZANNE.P.82 et suivant.

(4) يتابق نص المادة 2076 مدني ونص المادة 92 تجاري فرنسي (نص المادة 32 تجاري جزائري) لكن لم نجد نصا مقابل هذه النصوص في قانونا المدني ، وانما نجد ما معناه في المادة 961 مدني مع الاختلاف في الصياغة ، وسبب اختلاف الصياغة بين نص المادة 32 تجاري ونص المادة 961 مدني جزائري يرجع اساسا الى ان نص المادة 32 تجاري قد نقل حرفيا من القانون التجاري الفرنسي وان نص المادة 961 مدني قد نقل حرفيا ايضا عن القانون المدني المصري . والنتيجة كان التكامل بين القوانين (التجارية والمدنية) المصري والفرنسي وان التناقض في قانونينا (التجاري والمدني) راجع ما سياتي ص 223 حاشية رقم 1 .

./.

بنص عام لم يميز بين المنقول المادى والمنقول المعنوى ذلك بقوله "Dans tous les cas" وعليه فان استبعاد حيازة السند في رهن الديون يكون مخالفا للقانون، بالاضافة الى هذا فلما يجوز التسليم الرمزى في البيوع ولا يجوز في الرهون؟ ولا يقال ان الابلاغ يقوم مقام تسليم السند لان للابلاغ وظيفة اخرى يقوم بها ، غيرالحيازة.

فهو يهدف بجانب وظيفة الاشهار الى انشاء رابطة قانونية بين المدين بالالتزام المرهون والدائن المرتهن، ومقتضى هذا الابلاغ يكون للدائن المرتهن منع المدين الملتزم بالدين المرهون من الوفاء بالدين الذى عليه للدائن (الذى هو الراهن) بمعنى أن الابلاغ يرفع من مرتبة المحال له (أى الدائن المرتهن) الى دائن حقيقي وحالي ، للمحال عليه (اى المدين بالالتزام المرهون) وتقوم بينهما علاقة مديونية كاملة بما يترتب عليها من آثار.

هذا هو الاتجاه الذى سلكه مشرعنا ،حسنا فعل،حيث ميز بين وظيفة الاعلان، فجعل الرهن لا يسرى تجاه المدين الملتزم بالدين المرهون ، الا به، وبين وظيفة تسليم السند، التي يقصد بها الاحتجاج بالرهن تجاه الغير، متى كان هذا الاعلان الحاصل او القبول ثابتي التاريخ.

وبعبارة ادق انه اذا كان يكفي الاعلان وحده لاحتجاج بالرهن ضد المدين الملتزم بالدين المرهون، فان حيازة السند وحدها لا تكفي للاحتجاج بالرهن ضد الغير الا اذا كان مقترنا باعلان المدين او صدور قبول منه بتاريخ ثابت.

واخيرا انه لغني عن التذكير ان نزع الحيازة من المدين (حيازة السند) الراهن يشترط فيها ما اشترط "سابقا "في الحيازة، بان تكون ظاهرة ومستمرة (1) فان حدث ان استرجع المدين حيازة السند ولو لمدة وفترة قصيرة وموءقتة، في غير الاحوال التي سمح بها القانون او القضاء فانها تقوم قرينة بسيطة على انقضاء الرهن طبقا لما نص عليه في المادة 952 مدني (2).

(1) ما سبق في البحث بشان دراسة شروط الحيازة ص 123 وما بعدها.
(2) ما سبق في البحث ص 130 وما بعدها.

./.

البند الثالث = نوعية السند الذى يمكن أن تتم به الحيازة.

لقد اثير مشكل نوعية السند ،الذى تتم به حيازة الدائن او العدل ،كحيازة حقيقيــة.

فاذا كان الدين المرهون ثابتا في عقد رسمي او عرفي فليس هناك صعوبة، لان الحيازة تتم بتسليم هذا السند الى الدائن او الى العدل.

لكن السؤال يثور في مدى صلاحية تسليم نسخة، عن الوثيقة او السند الاصلي (La grosse).

حيث يرى البعض بانه يجب حيازة الوثيقة الاصلية ذاتها ،لا النسخة عنها، حتى يتمكن الدائن من ممارسة حقوقه والقيام بالتزامات الناشئة عن عقد الرهن.

اما البعض الاخر يقول بان تسليم النسخة (Expédition)عن السند الاصلي، تقوم مقام هذا السند الاخير. ذلك استنادا على نص المادة 975/2 مدني التي تنص على وجوب تسليم حيازة السند دون ما ان تميز بين انواع السندات، واستنادا على نص المادة 326 مدني التي اعتبرت الصورة الرسمية الاصلية، تنفيذية كانت ام غير تنفيذية، بمثابة السند الاصلي، وله حجية الاصل متى كان مظهرها الخارجي لا يسمح بالشك في مطابقتها للاصل، وهذا هو الراى الراجح بين الفقهاء.(1) وهو الموقف الذى تبناه مشرعنا صراحة في رهن الصفقات العمومية، لما اكتفى بنسخة ملخصة عن السند الاصلي قائلا" ان تسليم هذه الوثيقة يعادل بالنسبة لانشاء الرهن تسليم النسخة بكاملها (2).

---

(1) يلاحظ انه قد حدث تعديل جذرى في نظام الاثبات عامة في فرنسا بالقانون الصادر بتاريخ 12/7/1980 وقد علق عليه الاستاذ Mme.François CHAMOUX في المجلة الاسبوعية للقانون J.C.P.I.3008 3009. 1981.N°9

وراجع ايضا قانون الصادر بتاريخ 2/1/1981 الفرنسي الذى انشا نوعا جديدا من السندات تحول بمقتضاها الديون Transmission de créance par Bordereau.

منشور في J.C.P.III.3044.1981.

وعلق عليه الاساتذة STOUFFLET et CHAPUT.

وراجع (المشار اليه سابقا) HEMARD, les contrats commerçiaux.P.256. n°491./.

اما فيما يتعلق بصفة الحائز، فانها تكون متوفرة في كل شخص متى كان اجنبيا للالتزام، عدا المدين الراهن، والمدين الملتزم بالالتزام المرهون كما سلف الذكر(3).

البند الرابع: الابلاغ.

الابلاغ شرط لنفاذ الرهن،في حق المدين الملتزم بالالتزام المرهون، وفي حق الغير،متى كان هذا الابلاغ ثابت التاريخ (4).

وقد سبق ان اشرنا بان للابلاغ وظيفتين،اولهما انه يهدف به الى خلق علاقة قانونية،بين المدين الملتزم بالدين المرهون والدائن المرتهن،

= (2)تنص المادة100 من قانون الصفقات العمومية، الذى سبق ذكره بما يلي "على السلطات المتعاقدة ان تسلم للمقاول او المورد المتعامل معها نسخة من الصفقة تتضمن بيانا خاصا يشير الى ان هذه الوثيقة تمثل سندا في حالة الرهن الحيازى" وتنص المادة101 من هذاالقانون بالذات علىحالةاستثنائية وهي كما يلي "اذا تعذر تسليم النسخة المشار اليها فيالمادة100 الى المورد اوالمقاول حفاظا على السر، فيجوز للمعني ان يطالب من السلطات التي تعاقد معها خلاصة من تلك النسخة موقعا عليها من قبلها ومتضمنة البيان المذكور فيالمادة100 والبيانات الملائمة للسر المطلوب.وان تسليمهذه الوثيقة يعادل بالنسبة لانشاء الرهن تسليم النسخة بكاملها".
ويلاحظ انالفقرة الاخيرة من هذهالمادة تفيد على ان عقد الرهن فيالقانون المذكور اعلاه هو عقد عيني حيث تنص علىالتسليم مقترن بانشاء الرهن لا بالاحتجاج به ضد الغير.

(3) ما سبق في البحث ص143 .

(4) يمكن الاستغناء على الابلاغ بالحصول على قبول المدين للحوالة ولا يحتج بالرهن قبل الغير الا اذا كان هذا القبول ثابت التاريخ (نص المادة2/975) وليس هناك نص مماثل فيالقانون التجارى، وقد سبق ان علقنا على هذا التناقض الموجود بين القانون المدني والقانون التجارى الجزائرى ـ راجع البحث ص205 حاشية رقم 3 و ص223 حاشية رقم 1 .

./.

وثانيهما انه يقوم بوظيفة اشهارية يعلم الغير بوجود حق الرهن على الدين (1)، ومن ذلك تظهر اهمية الابلاغ بالنسبة للدائن من انه يحفظ له الامتياز، فان حدث ان تصرف المدين الملتزم بالرهن في الدين المرهون، عن طريق الحوالة للغير، او حدث ان حجز الدائنون على المال في يد المدين، بعد اجراء الابلاغ، فلا يسرى تصرف الراهن في الحالة الاولى، على المرتهن، ولا يعتد بالحجز في الحالة الثانية، لانه حجز ثاني يحرمه القانون.

هذا وقد تشكك البعض في الوظيفة الاشهارية للابلاغ، بحجة ان الابلاغ لا يوجه الا للمدين الملتزم بالدين المرهون، وهذا الاخير غير ملتزم باخبار الغير، او قد يكون له عارضا ماديا كالصغر والبكم يحول بينه وبين اخبار الغير، وبذلك تشل منه وظيفة الاشهار (2).

والواضح ان الابلاغ يهدف اساسا الى انشاء العلاقة القانونية بين الدائن المرتهن والمدين الملتزم بالدين المرهون، ووظيفته الاشهارية، ما هي الا وظيفة مكملة لوسيلة الاشهار الاساسية، وهي الحيازة، بدليل، وكما بينا (3) ان الابلاغ، في غناء عن الحيازة عندما يراد الاحتجاج بالرهن ضد المدين، وعلى العكس فالابلاغ الثابت التاريخ لازم بجانب الحيازة للاحتجاج بالرهن ضد الغير.

---

(1) ما سبق في البحث ص 206.

(2) ROGIER SUZANNE.P.77.

(3) ما سبق في البحث _ ص 206.

./.

المطلب الثاني = الرهن التجاري الوارد على الديون العادية.

اذا كانت اغلب التشريعات قد افردت قواعد خاصة تحكم الرهن التجاري الوارد على المنقول المادي بما فيها التشريع الجزائري، من حيث انها قد اطلقت عنان حرية اثبات الرهن بكافة الوسائل، ويحتج به تجاه الكافة، ذلك تلبية للضرورات العملية التي فرضتها التجارة، والتي تقوم على السرعة والائتمان، فان الامر يختلف بالنسبة لرهن الديون، اذ ان هذه التشريعات تحيل على القانون المدني صراحة كما في القانون المصري (م 4/76 تجاري)، او الى بعض المواد منها فحسب كما في القانون التجاري الفرنسي (م 4/91)، اما التشريع الجزائري فهو يشذ بموقف خاص به كما سنرى.

واذا قلنا بأن احكام القانون المدني هي التي تطبق على رهن الديون، فمعنى ذلك انه يجب تدوين عقد الرهن في محرر ثابت التاريخ يبين فيه المبلغ المضمون بالرهن والدين المرهون بيانا كافيا، ويجب ابلاغ المدين الملتزم بالدين المرهون بعقد الرهن او الحصول على قبول منه كاجراء معادل للابلاغ لكي ينفذ الرهن تجاه المدين (1)، ومع ذلك فلا ينفذ هذا الرهن تجاه الغير الا بوجود ثبوت التاريخ للابلاغ الحاصل للمدين او للقبول الحاصل منه بجانب توافر شرط الحيازة كما سلف الذكر. ولمزيد من التفصيل نتعرض اولا الى موقف القضاء والفقه ثم نتعرض الى موقف التشريع الجزائري حول الرهن التجاري الوارد على الديون العادية.

---

(1) يلاحظ ان هذه الاحكام هي احكام الحوالة، ولا يستغرب في ذلك لان وان كانت للحوالة صورة واحدة لا تتغير، فان لها اغراض ومقاصد متنوعة، وفي هذا يقول الاستاذ السنهوري ما يلي " وايا كان الغرض في الحوالة فهناك قواعد عامة تنطبق على كل حوالة بيعا كانت او هبة او رهنا ... " ويقول ايضا " والرهن يقتضي وجود الدين في ذمة المحيل للمحيل له يرهن فيه المحيل حقه عن طريق الحوالة " السنهوري ج 3 ص 443 فقرة 246 حاشية رقم 1.

./.

- البند الاول = موقف القضاء والفقه حول رهن الديون (في الرهن التجاري) .

امام الغموض والنقص الذي يشوب النصوص المنظمة للرهن في فرنسا تدخل القضاء والفقه ليسدا هذا الفراغ ويرفع عنها الالتباس.

أ) موقف القضاء الفرنسي =

بذل القضاء مجهودا بالغ الاهمية في تمرين بعض الاساليب التي كانت مطبقة سابقا، وذلك بتقرير اساليب اخرى، تقوم مقامها، ونذكر من هذه المجهودات ما يلي =

1 - كان نص المادة 2075 مدني فرنسي لم ينص الا على اجراء واحد لرهن الديون وهو الابلاغ عندما يراد الاحتجاج بالرهن ضد المدين . وبفضل تدخل القضاء اعتبر القبول الحاصل من الملتزم بالدين المرهون بمثابة اجراء معادل للابلاغ ذاته، ثم جاء قانون 1980/7/12 المكمل بمرسوم صادر بتاريخ 1981/1/2 فكرس هذا القبول بتعديل المادة 2075 مدني (1) .

2 - وسع نطاق تطبيق المواد 2076 مدني و 92 تجاري فرنسي اللتان ربطتا امتياز الدائن المرتهن بحيازة الشيء المرهون "Dans tout les cas le prévilège ne subsiste sur la gage qu'autant que le gage a été mis et est resté en la possession du créancier ou d'un tiers convenu entre les parties".

J.C.P.III.50124." Loi n°80-525 du 12 Juillet 1980, relative (1) à la preuve des actes juridiques".
Civ.29/1/1909"L'acceptation du nantissement par le dibiteur dans un acte authentique, équivant à la signification de l'acte de nantissement, et suffit a rendre le privilège du créancier gagiste opposable aux tiers"D.P.1910.1.52. et code civil- Dalloz art.2075 n° 1.

-CABRILAC.J.C.Com.F.B.1981.N° 17 الذي يقول ما يلي =
"ان القضاء يقدر بان المشرع الفرنسي لم ينص (سهوا منه) على القبول في المادة 2075 مدني وقد اجمع الفقه على هذا الاعتبار" .

./.

دون ان يميز المشرع الفرنسي بين المنقولات المادية والمنقولات المعنوية وفسر القضاء المادتين (2076 مدني و 92 تجارى) على انها تشمل ايضا المنقولات المعنوية (لان النص عام اذ يقول (في كل الاحوال) معللا رايه بانه اذا تعلق الامر برهن الدين الذى لا يمكن تصور حيازته ،فتتم هذه الحيازة ،بحيازة السند المثبت له ،بمعنى ان الحيازة الرمزية تقوم مقام الحيازة المادية (1) .

3 ـ اما فيما يتعلق بتدوين عقد الرهن التجارى =

فقد فسر (هذا القضاء) الاحالة (التي وردت في المادة 91/4 تجارى الى المادة 2075 مدني (2) على انها تعني كتابة عقد الرهن بالشروط المطلوبة في هذه المادة المحال اليها ،وان كانت عملية الرهن ذات طبيعة تجارية (3)،لانه بهذا العقد يتم الابلاغ بالاضافة الى ذلك فكتابة العقد تمنع المدين الراهن من اجراء رهون اخرى للغير على نفس الحق .

وبالرغم من هذه المجهودات التي بذلها القضاء الفرنسي فانه لم يسلم من النقد من طرف بعض الفقهاء .

---

(1) وبهذا المعنى نطق الحكم الصادر عن الغرفة المدنية لدى محكمة النقض بتاريخ 1908/1/27 والذى قضى بما يلي =
"lorsque le gage porte sur un meuble incoporel, et spécialement sur une créance, la tradi tion matreille est remplacée par la remise du titre de la créance entre les mains du créancier"
- D.P.1910.1.522.Code civil.Dalloz.Art.2076.note n° 6.

(2) Art.2075.Civ"Le prévilège énoncé en l'article précident ne s'etablàt sur les meubles incorporels, tels que les créances mobilieres, que par acte public ou sous seing privé, aussi enregistré, et signifie au débiteur de la créance donnée en gage"

(3) DERRUPE, Encyclopedie- Dalloz, n°6.

./.

ب) موقف الفقه الفرنسي •

اقر الفقه بالاجماع موقف القضاء فيما يتعلق باعتبار القبول الصادر من المدين هو بمثابة ابلاغ (1) •

لكن فريق من الفقهاء، قد عارض موقف القضاء في امرين اولهما فيما يتعلق بالحيازة، وثانيهما فيما يتعلق بتدوين عقد الرهن •

أ) فيما يتعلق بالحيازة •

كان رفض الفقه يقوم على حجج آتية :

1 - ان حيازة السند المثبت للدين لن يتحقق الغرض منها ، (وهي نزع حيازة الحق من يد المدين) الا في الحالة التي يدمج الحق في السند ذاته (كما في السندات لحاملها) اما السند في الديون العادية والديون الاخرى (غير التي ذكرت) ما هو الا وسيلة لاثبات هذه الحقوق (2) •

2 - واذا كان من المفروض تسليم السند المثبت للدين فانه ينبغي اشتراط تسليم الوثيقة الاصلية La grosse لان هذه الاخيرة هي التي، لا يمكن استخراج الا واحدة منها •
اما القول بجواز تسليم نسخة العقد Expédition فلا يؤدي هذا التسليم الى نزع الحيازة من يد المدين، طالما ان هذا الاخير يمكن له استخراج نسخ اخرى مماثلة (3) •

---

(1) حيث يقول " -CARBRILAC.J.C.Com.F.B.1981."La jurisprudence approvée par la Doctrine unanime"
وبهذا المعنى : - LES MAZEAUD.P.78.

(2) Planiol et Ripert, traité pratique, droit civil français.T.12 par Becque, n° 95./Ripert et Baulonger, traité élémentaire de droit civil.T.2.n°3478./DERRUPE.Encyc.N° 9... اشار اليهما الاستاذ

(3) J.Heamrd, traité théotique et pratique de droit commerçial (les contrats commerçiaux)Paris.1953.P.256.N°491.
حيث يقول "la jurisprudence aussi bien admet que constitue un titre, un simple expédition sans exiger la remise de grosse

./.

3 ـ ان الغرض من الحيازة هو اعلام الغير بتعلق الحق بالدين المرهون، وهذا الاعلام لا يتحقق بحيازة السند (كما هو الشأن في حيازة الشيء في المنقولات المادية) وطالما ان الابلاغ يكفي لنزع الحيازة من يد المدين (1) فان اشتراط تسليم السند المثبت للدين يعتبر بمثابة شرط لا مبرر له، اذ يعرقل انشاء رهون على ديون الغير الثابتة بالكتابة (2) بالاضافة الى هذا يؤدى بالضرور الى عدم جواز رهن الديون الاحتمالية (3) .

---

de l'obligation, ce qui laisse toute possibilité aux fraude" ==
DERRUPE, Encyc.Dalloz.n°9.

وايضا ما سلف في البحث ـ ص 123 .

(1) اشار اليه ـ ـ ـ DELVAS, thèse, 1892.Paris./Rogier. Suzanne,P.79

(2) ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ HEMARD.J.N° 491.

(3) ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ ـ DERRUPE.ENCY.DALLOZ.N° 10.

يلاحظ انه " يميز الاستاذ ديروبي DERRUPE بين الديون الاحتمالية والديون التي لم تعرف قيمتها بعد، فالديون الاولى تتميز عن الثانية من ان المصدر المنشيء لها (عقد او مصدر آخر من مصادر الالتزام) يبقى بمجرد احتمال .

اما الديون غير المحددة بعد فيكون مصدرها موجودا، غير ان مبلغ الدين غير محدد بعد، وبما ان الديون الاحتمالية تتوقف على مجرد احتمال فانه لا يجوز رهنها الا بقانون خاص، كما هو الشان بالنسبة لمنتج لفلم، الذى يريد الحصول على اموال مقابل رهن الديون التي تنشأ من عقود الايجار التي تبرم يوما ما، مع المستغلين لقاعاة السنماء .

وبهذا يقول الاستاذ = J.PATARIN.ENCY.DALLOZ.Com.T.IV.

حيث يقول" 2 éd.Nantissement des Fihmes" ce n'est pas en tant que chose corporelle que le filme presente une valeur utile mais par les droits de proprieté litteraire et artistique qui y sont attachés et par les recettes attendues de son exploitation il falait donc organiser un regime particulier au film cinémato--graphique, permetant d'affecter à la sureté de la créance des defferents droits attachés à l'oeuvre cénématographique avant même qu'elle ne soit réalisée"

راجع لنفس المؤلف ونفس المعنى (مجموعة هاميل) ص 346 وما بعدها، وراجع خلاف هذا الراى الاستاذ CARBRILAC.J.C.Com.F.B.N° 13.

./.

والواقع ان كتابة الدين قد اقتضتها عينية عقد الرهن،في بعض التشريعات (كالتشريع الفرنسي والسوري) التي يستوجب فيها التسليم المادي او الرمزي لانشاء حق الرهن ذاته ؛

اما التشريعات التي جعلت الحيازة كشرط لنفاذ العقد على الغير وليس للانعقاد فان كتابة الدين،اقتضتها الحكمة من الرهن ذاته ، وهي تمكين الدائن بان يمتاز عن غيره عند التزاحم .

ب) اما فيما يتعلق بتدوين عقد الرهن طبقا للشروط التي اوجبتها المادة 2075 مدني فرنسي (والتي تقابلها المادة 975 مدني جزائري) فكان رد هؤلاء الفقهاء على القضاء بما يلي :

1 ـ ان المادة 1/91 (م 1/30 تجاري جزائري) تعتبر بمثابة قاعدة الشريعة العامة للرهون التجارية ،وبما ان المشرع الفرنسي لم ينص في المادة 5/91 الا على الابلاغ فلا ينبغي التوسع في تفسير هذه الاحالة بل يجب قصرها فقط في الابلاغ .

"ـــ الذي يرى بجواز رهن الديون الاحتمالية متى كان هناك ظرف مجاور يوحي بايجاد الدين،حقيقة في المستقبل." وراجع ما سلف في البحث ص198 .

./.

ولا ينبغي ايضا الخروج عن ما يخالف القاعدة العامة التي تقضي بأن الرهن التجاري يحتج به تجاه الكافة دون اشتراط الكتابة (1) .

2 ـ ان تطبيق قواعد القانون المدني فيما يتعلق بالكتابة على الرهن التجاري لا تؤدي، الا الى التشديد على هذه الرهون من دون مبرر . في حين ان مجرد اضافة شرط الاذن في حوالة الحق المدني، يتحرر رهن هذا الحق ليس من الاجراءات حوالة الحق فحسب بل من كل الاجراءات (2) .

3 ـ انه ليس صحيحا بان الكتابة المفروضة اقتضتها عملية الابلاغ (3) لان الذي يجب ابلاغه للمدين بالدين المرهون، ليس الوسيلة التي يثبت بها عقد الرهن، وانما يجب ابلاغ الاتفاق على الرهن ذاته .

ونحن نقدر وجاهة هذا الراى ونضيف بانه لو صح ان الابلاغ هو الذى اقتضى كتابة عقد الرهن، فان هذا الاستنتاج قد لا يصح

---

(1) ويشير هذا الكاتب الى الفقهاء المؤيدين لهذه الفكرة وهم كما يشير الى بعض الاحكام التي صدرت في هذا الشان وهي
CARBRILAC.J.C.Com.F.B.n° 15.
Ripert et Roblot, Thaller et Perceron.
Rouen.20.12.1905 D.P.1908.11.177.
Riom.20.11.1913.S.1915.2.33.note Wahl.

(2) اكثم امين الخولي ـ ص 426 فقرة 360 المرجع السابق .

(3) DERRUPE.ENCY.DALLOZ.N° 6.

(4) ROGIER SUZANNE. de la mise en gage de créance en droit français, thèse, 1929.Paris.P.120. et suit.
حيث يقول = " ce qui doit être signifie aux tiers débiteur la convention de nantissement elle-même, c'est le fait du concours de volonté".

./.

عندما يستغني عن هذا الابلاغ بصدور قبول من المدين .

وبالرغم من هذا الانتقاد الحاد الذي تعرض اليه القضاء من طرف بعض الفقهاء، فان الفقه الغالب يرى وجوب تطبيق احكام القانون المدني على رهن الديون دون تمييز بين الرهون التجارية والرهون المدنية(1) .

هذا، واذا كان اغلبية الفقهاء قد أيدوا موقف القضاء حينما اعتبر القبول الذي يصدر من المدين في ورقة رسمية بمثابة اجراء معادل للابلاغ، وحينما اشترط تدوين عقد الرهن (2) ومع ذلك فقد ثار خلاف بين هؤلاء الفقهاء بالذات حول مضمون هذا العقد ،

البعض يرى انه يجب تدوين عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ ، يبين فيه المبلغ المضمون بالرهن والدين المرهون بيانا كافيا (3) ذلك على اساس ان الاحالة التي وردت بنص المادة 91/4 تجاري فرنسي قد تضمنت امرين، الاحالة الصريحة الى نص المادة 2075 مدني فرنسي، والاحالة الضمنية الى المادة 2074 مدني .

---

(1) Auby et Rau.cours de droit civil français.T.III.n°432.P.325
Colin et Capitant, traité de droit civil.T.II.n°1446.
Wahl, traité de droit commerçial, n° 1377.
D'ESCANAT et Renault, les contrats commerçiaux, n° 488.

اشار اليهم CARBRILAC.J.C.Com.F.B.n°15.
وايضا Lyon-Caen et Renault, traité de droit commerçial avec collaboration de A.Amiaud.5è éd.1929-1936.T.III,n°280.

اشار اليه الاستاذ Hemard.n°491.

(2) DERRUPE.ENCY.DALLOZ.n°6.

(3) Lacour et Bouteron, Précis de droit commerçial,3è éd.T.I n° 865./ ROGIER.P.118. اشار اليه =

./.

(ويقول هذا الراى) ان الاحالة الاولى تقتضي كتابة عقد الرهن قبل ابلاغه • واما الاحالة الثانية فهي تعني كتابة هذا العقد على النحو الذى تمليه المادة 2074 مدني فرنسي والتي تقضي تخصيص الدين المرهون •

وفي نظرنا ان هذا الراى قد بالغ في تفسير الاحالة التي وردت بنص المادة 4/91 فرنسي وتجاوزت مقاصد التشريع الفرنسي •

اما الجانب الاخر من الفقهاء،قد تبنوا رايا وسطا ،ونعتقد انه هو الصحيح ،حيث يرون بان الاحالة كانت للمادة 2075 مدني فلا ينبغي تجاوزها ،وان هذه المادة (2075 مدني فرنسي) تستلزم الكتابة بجانب الابلاغ(لعقد الرهن) دون مراعاة ما تضمنته احكام المادة 2074 مدني فرنسي التي الغيت بمقتضى نص المادة 1/91 تجارى.(ويقول هذا الراى) ولو اراد المشرع الرجوع الى احكام المادة الملغية لنص على ذلك صراحة على النحو الذى نص عليه حينما اراد تطبيق احكام المادة 2075م على بعض الرهون التجارية (1) •

اذن فتطبيقا لهذا الراى الاخير،ان الرهن التجارى الوارد على الديون يقتضي كتابة عقد الرهن في ورقة ثابتة التاريخ يبين فيها الدين المرهون بيانا كافيا (2) لكن دون تخصيص الدين المضمون الامر الذى يسمح بالقول بجواز انشاء رهون ضمانا لديون غير محددة ،كضمان رصيد في حساب جارى لم يجر بعد عملية التصفية عليه •

---

(1) المرجع السابق . Lyon.Couen et Renault. n° 276.Bis.
ولقد اشار اليه الاستاذان= Suzanne Rogier, thèse,P.118.
CABRILAC.J.C.Com.F.B.n° 16.

(2) نص المادة 969 مدني جزائرى •

•/•

واذا حدث ان اختلطت الديون ولم يعرف ايهما كانت مضمونة بالرهن، فالقاضي له سلطة تقدير في البحث عما اذا كانت نية المتعاقدين قد اتجهت الى ضمان الدين الذى نشأ اثناء او قبل ابرام عقد الرهن، ام انها قد اتجهت الى ضمان الديون التي تنشأ في المستقبل (1) •

وفيما يتعلق بالدين المرهون،فالامر لا يختلف عن الرهن المدني، من حيث انه يشترط تسليم السند المثبت للدين لكي يصح الاحتجاج بالرهن ضد الغير (2)، مما يستوجب تخصيصه •

وبهذا نكون قد اعطينا لمحة موجزة عن موقف القضاء الفرنسي والفقه حول فكرة رهن الديون والمشاكل التي تثيرها •

فما هو موقف التشريع الجزائرى يا ترى؟ ذلك ما سنراه في الموضوع التالي •

<u>البند الثاني</u> - موقف القانون الجزائرى في رهن الديون (الرهن التجارى) •

القاعدة العامة في الرهن التجارى انه يجوز اثباته بجميع وسائل الاثبات،كما سلفنا ،ذلك بحكم الاحالة التي وردت بنص المادة 31/1 الى المادة 30 تجارى (3) •

---

(1) وايضا = Foyer - Encyclopedie com. n° 16. Carbrilac. F.B. n° 16.

(2) Foyer.ENCY. Dalloz.n° 16.
وراجع ما سلف من البحث ص198 . فيما يتعلق بجواز رهن الدين الاحتمالي وص199 فيما يخص وجوب تخصيص المال المرهون •

(3) المادة 31/1 تجارى تنص على ما يلي " يثبت الرهن المتم من تاجر اوغير تاجر لاجل عمل من الاعمال التجارية ،تجاه الغير وبالنسبة للمتعاقدين طبقا لاحكام المادة 30 اعلاه" وراجع فيما يخص وسائل الاثبات التي يمكن استعمالها في اثبات الرهن التجارى ،ص185 وما بعدها من هذا البحث•

لكن فيما يخص رهن الديون، فالمشرع قد استثناها بنص الفقرة 4 من المادة 31 تجاري • حيث نص صراحة على انها تخضع لاحكام واحدة التي تخضع اليها الديون عامة (تجارية كانت ام مدنية) (1) •

ثم اورد استثناء على الاستثناء الذي ذكر بان اوجب تحرير الحوالة في عقد رسمي (نص المادة 5/31) على خلاف القواعد العامة التي تحكم حوالة الحق في القانون المدني (م 241 مدني) •

ونرى ان الفقرتين الرابعة والخامسة من نص المادة 31 تجاري تستوجب منا شيئا من الوقوف عندهما لما تنطويان عليه من التناقض والغموض من جهة ومن التشدد يجاوز الواقع من جهة اخرى •

أ) <u>فمن حيث التناقض</u> = نريد ان نسجل هنا ثلاث ملاحظات وهي =

1 - ان المادة 974 مدني تقضي بان الاحكام المدنية تسري على الرهون التجارية اذا لم تتعارض مع الاحكام الخاصة الواردة في القانون التجاري • ولما تعرض المشرع الى رهن الديون في المادة 4/31 تجاري دفن،

---

(1) الفقرة 4 من المادة 31 تنص بما يلي " ويبقى العمل جاريا بالاحكام الخاصة بالديون المتعلقة بالاموال المنقولة التي لا يمكن ان يبلغ فيها المحال له بالنسبة للغير الا بالتبليغ بالحوالة والواقع للمدين " يلاحظ سوء صياغة هذا النص الذي ترجم من النص الفرنسي ترجمة خاطئة وهذا النص كما يلي=
"Il n'est pas Deroge aux dispositions concernant les créances mobilieres dont le cessionnaire ne peut être saisi a l'égard des tiers que par la signification du transport fait au debiteur "

وهذا النص بدوره نقل حرفيا من نص المادة 4/91 تجاري فرنسي مع حذف عبارة " prévu par l'article 2075" وهو قد صيغ على خطا كما سنرى •
راجع البحث ص 222 حاشية رقم 1 •

•/•

على انها تخضع لاحكامها الخاصة قائلا " ويبقى العمل جاريا بالاحكام الخاصة بالديون المتعلقة بالاموال المنقولة ... " دون ان يبين لنا هذا النوع من الاحكام الخاصة .

والتناقض او الغموض يظهر في هذه المسالة فيما يلي = انه لم يخضع رهن الديون صراحة الى احكام القانون المدني، على غرار ما فعلته بعض التشريعات (1) بل اكتفى بالنص (على ان للديون احكام خاصة) مما يثير الالتباس من ان للديون التجارية احكام خاصة تختلف عن الاحكام التي تخضع لها الديون الاخرى ، والحقيقة ان كل ما يريده المشرع هو اخضاع رهن الديون (في الرهن التجاري الى ما تخضع لها رهون الديون في القانون المدني .

وهذا ليس استنادا الى النص الغامض بل استنادا الى ما انتهى اليه اغلبية الفقه او اتجاه القضاء وما تبنته بعض التشريعات الحديثة (1) .

ويا حبذا لو ازيل هذا الغموض الذى يوحي بالتناقض في التشريع ، وذلك بالنص صراحة على تطبيق احكام القانون المدني على غرار ما فعله التشريع المصرى والفرنسي (1) .

---

(1) تنص المادة 4/91 تجارى فرنسي على ما يلي = " Il n'est pas dérogé aux dispositions concernant les créances mobilieres dont le cessio-nnaire ne peut être saisi à l'égard des tiers que la signifi-cation du transpo*t " prévu par l'article 2075 C.Civ" faite au débiteur.

وكما لاحظنا ان مشرعنا قد حذف عبارة (prevu par l'article 2075)
وكان هذا الحذف بالذات هو مصدر الغموض والتناقض.
وتنص المادة 4/76 تجارى مصرى بما يلي " اما رهن الديون التي لا يجوز نقل الحق فيها بالمنازلة او بالتنازل عنها بطريق القيد او بالتظهير فيخضع للاحكام المقررة في القانون المدني .

./.

2 ـ ان الفقـرة الرابعـة مـن المادة 31 تجـاري ،قد استعملت عبـارة "الديون المتعلقـة بالامـوال المنقولـة" (1) .

ونحـن نرى بعـدم صحـة هـذا التخصيـص" المتعلقة بالاموال المنقولة "لان الامر يتعلـق برهـن الحـق الشخصـي ذاتـه لا بالمحـل الـذي ينصب عليـه ،فحق الابحـار حـق شخصـي يجـوز رهنـه بالرغـم مـن انـه قـد تكـون لـه صلـة بالعقـار ،والحـق العينـي لا يجـوز رهنـه (بمـا ترهـن بـه الحقـوق الشخصيـة) بالرغـم من ان الحق قـد يتعلـق بمـال منقـول (2) .

---

(1) ان عبارة " الديون المتعلقة بالاموال المنقولة " الواردة في نص الفقرة 4 من المـادة 31 تجاري كانت نتيجة ترجمة خاطئة لنص الفرنسي Créance Mobilière والنـص الفرنسي ذاته نقل من المادة 91/4 تجاري فرنسي .
غير ان المادة 91/4 فرنسي هذه التي وردت عبارة "Mobilier" كوصف للديـن هي ايضا عبارة زائدة " في نظرنا " حيث تثير اشكالا من ان هناك ديون عقاريـة بجانب الديون المنقولة ،والحقيقة ان الدين لا يكون الا حقا شخصيا والحق الشخصي يكون دائما منقولا .
لذلك استحسنا التعبيـر الذي ورد في النص المصري المشار اليه حيث حذف عبارة " المنقول Mobilier" واكتفى بالتعبير الاتي " اما رهن الديـون " بكل بساطـة" وايضا اكتفى بتخصيص هـذه الديـون بالاشكـال التـي تنتقـل بهـا الا بالمحل الذي يتعلق بها ،قائلا " اما رهـن الديـون التـي لا يجـوز نقـل الحق فيهـا بالمناولـة او بالتنازل عنهـا بطريـق القيـد او بالتظهيـر فيخضـع للاحكـام المقـررة فـي القانـون المدنـي المادة 76/4 تجـاري مصـري " بمعنـى ان الديـن يرهـن طبقـا للقواعـد العامـة فـي القانـون المدنـي متـى كان السنـد ليـس اسميـا ام اذنيـا ام لحاملـه .

(2) وبهذا المعنـى يقـول الاستاذ محمـد حسنيـن ،عقد البيـع فـي القانـون المدني الجزائري ـ الجزائر 1983 ص 79 .

./.

اذن فالعبرة بطبيعة الحق ذاته لا بالمحل الذى يرد عليه ،وعليه يرجى ان تصحح الفقرة بحذف عبارة " المتعلقة بالاموال المنقولة " لكي يستقيم النص ويتحقق الغرض الذى يهدف منه •

3 ـ فبينما تنص المادة 975 مدني على ان قبول المدين بمثابة اجراء معادل للابلاغ بحيث ينتج نفس الاثار على النحو الذى اجمع عليه الفقه والقضاء• نجد ان المادة 4/31 تجارى تنص على وجوب ابلاغ المدين دون ان تشير الى هذا القبول • وهذا (في حد ذاته تناقض بين نص المادة 975 مدني ونص المادة 4/31 تجارى) (1) •

---

(1) يلاحظ انه يرجع هذا التناقض الى سبب مادى، مصدره هو نقل نص المادة 31 تجارى من نص المادة 91 تجارى فرنسي •وهذه الاخيرة لم تنص على القبول كاجراء معادل للابلاغ بسبب ان المشرع الفرنسي قد ترك هذا القبول سهوا منه عندما صاغ نص المادة 2075 مدني المتعلقة برهن الديون ،فلما صيغت المادة 91 تجارى وحدت الصياغة بين القانون التجارى والقانون المدني (ولو على خطا) •

وفي هذا يقول الاستاذ =
CARBRILAC.J.C.Com.F.B.1981.n° 17.
" La jurisprudence approuvée par la doctrine unanime a t'elle estime que c'etait par une inadvertance de rédaction que l'article 2075 C.Civ. ne mentionnait pas le second procédé (soit l'acceptation)

لكن المشرع الفرنسي قد استدرك هذا السهو بالتعديل الوارد على المادة 2075 مدني بمقتضى قانون صادر بتاريخ 1980/7/12 الذى سبق الاشارة اليه ص 211 حاشية رقم 1 • اما المشرع الجزائرى فكان بامكانه ان يتجنب هذا التناقض لو وحد الصياغة مع القانون المدني الذى كرس فكرة القبول في المادة 975 مدني والتي اقتبست من القانون المدني المصرى (مع ان المشرع قد اخذ بفكرة القبول المعادل للابلاغ حتى في القانون التجارى (مواد 561 و 572 تجارى) وبعبارة ادق كان ينبغي ان ينقل النصوص من القانون المصرى فقط وينص على القبول في كل من القانون المدني والتجارى، او ينقل عن القانون الفرنسي فقط فيقع فيما وقع فيه المشرع الفرنسي من خطا وسهو•

اما ان ينقل نص المادة 975 مدني من القانون المدني المصرى وينقل المادة 31 تجارى من القانون التجارى الفرنسي، من دون امعان، فمما لا شك فيه ان يكون التناقض منتظرا ومتوقعا •

•/•

وعليه لما كان الفقه والقضاء قد اجمعا على ان قبول المدين الملتزم بالدين المرهون بمثابة اجراء معادل للابلاغ فنقترح على المشرع ادراج هذا القبول في الفقرة الرابعة من المادة 31 تجارى ،حتى تتوحد الصياغة بين نصوص القانون التجارى والقانون المدني •

وعلى ضوء هذه الملاحظات نقترح اعادة صياغة الفقرة الرابعة من المادة 31 تجارى على النحو الاتي :

"اما الديون العادية التي لم تثبت في سندات اسمية او اذنية او لحاملها فلا تكون نافذة في حق المدين الا باعلانه بالعقد او الحصول على قبول منه وفقا لنص المادة 241 مدني •

ولا تكون نافذة في حق الغير الا بتسليم سند الدين المرهون الى المرتهن او الى شخص اجنبي اختاره المتعاقدان • وتحسب للرهن مرتبته من التاريخ الثابت للاعلان او القبول " •

ب) اما من حيث التشديد :

فيظهر من خلال نص الفقرة الخامسة من المادة 31 تجارى حيث انهذه قد استوجبت اثبات الحوالة بعقد رسمي (بجانب استعمالها عبارة "حوالة الدين المتعلقة بالاموال المنقولة" خطا كما سلف الذكر" •

فحينما نقارن نفس الاوضاع بالقانون المدني،نجد ان المشرع قد جعل في الرهن المدني ،عقدا رضائيا،لا تستلزم فيه اية شكلية خاصة،فلم يشترط الكتابة الثابتة التاريخ لعقد الرهن،الوارد على المنقول المادى الا لنفاذه في حق الغير (م969 مدني) •

اما رهن الدين ،فقد احالنا الى احكام حوالة الحق بمقتضى المادة 975 مدني) وبما ان الحوالة ايضا عقد رضائي يمكن اثباتها بين

./.

اطرافها طبقا لما تقرر في القواعد العامة في الاثبات(1) فان الكتابة لم تشترط الا بقدر ما تقتضيه عملية الابلاغ لكي يتمكن الدائن بالاحتجاج بها ضد المدين • او بقدر ما يقتضيه ثبوت التاريخ لقبول المدين او ابلاغه لكي يتمكن الدائن المحال له بان يحتج بالحق المحال له تجاه الغير•

اما الرهن التجارى الوارد على الديون ،فنجد الاحكام التي تقررت له مخالفة للواقع ومتخذة موقفا شاذا (كما نعلم) لم يقل به احد •

.. فبينما ثار خلاف بين الفقهاء فيما اذا كان يتجرد الرهن التجارى من الشكليات او انه يخضع لما تخضع اليه رهون الديون المدنية • جاء المشرع بموقف يتجاوز حدود الشكليات المفروضة،لا في الرهون ولا في حوالة الحق المدني،(التي لا تشترط فيها اكثر من تحرير ورقة ثابتة التاريخ) ذلك باشتراطه رسمية العقد في الاثبات حتى في العلاقة التي تربط الدائن المرتهن والمدين الراهن بقوله " ويجب ان يثبت حوالة الدين المتعلقة بالاموال المنقولة بعقد رسمي " •

وفي نظرنا ان اشتراط الرسمية في رهن الديون التجارية تعتبر بمثابة الخروج عن المبادئ العامة التي تحكم الرهون ،وبالتالي فلن ينتج عن ذلك الا التشديد في الاحكام بلا مبرر،والتناقض بين نصوص القانون المدني والقانون التجارى وايضا في الاهداف التي يرميان الى تحقيقها •

وعليه فاننا نقترح الغاء هذه الفقرة برمتها ،في حالة ما اذا اخذ بعين الاعتبار التعديل الذى اقترحناه على الفقرة الرابعة من المادة 31 تجارى (2) حيث ان هذا التعديل يوفي بالغرض ويغنينا بالتالي من هذه الفقرة ذاتها دون ضرورة الى التكرار او التعقيد في الاجراءات •

---

(1) السنهورى ،الوسيط ،ج 3 - ص468 ف 261 •
(2) ما سبق ص 224 .

وخلاصة القول ان الرهن التجاري الوارد على الدين في تشريعنا هو عقد رضائي غير انه لاثباته يستوجب الكتابة الرسمية للعقد .

وفي نظرنا انه يجب التمييز بين الوسائل التي يثبت بها الرهن بالرغم من ان نص الفقرة الخامسة من المادة 31 تجاري جاءت بصيغة مطلقة بحسب قيمة المال المرهون ،وبحسب ما اذا كان يراد الاحتجاج بالرهن ضد الراهن نفسه او ضد المدين الملتزم بالدين المرهون أم ضد الغير.

وعليه فاذا كان الدائن يريد الاحتجاج برهنه على الراهن نفسه ، فيجب التمييز بين وسائل الاثبات المطلوبة بحسب قيمة المال المرهون ، فان كانت قيمة المال المرهون اقل من الحد القانوني المنصوص عليه في القواعد العامة التي تحكم اثبات الالتزام ،فيجوز اثبات هذا الرهن على الراهن بكل وسائل الاثبات،اما اذا كانت قيمة المال المرهون مساوية او تتجاوز الحد القانوني المنصوص عليه في المادة 333 مدني فلن يتمكن اثبات هذا الرهن على الراهن الا بواسطة العقد الرسمي ، لان القول بغير هذا يؤدي بنا الى نتائج شاذة (في حالة اشتراط الكتابة الرسمية لاثبات الرهن الذي تقل قيمته عن الحد القانوني) وهو جعل وسائل الاثبات في القانون التجاري اشد مما هو عليه في القانون المدني (1) .

وبما ان عقد الرهن هو عقد رضائي فيترتب على هذا المبدا نتيجتان :

1 ـ فيمكن استخلاص الرهن ضمنا من بنود العقد من طرف القاضي لان العبرة بالاتفاق لا بالوسيلة التي يثبت بها هذا الاتفاق متى كان المال المرهون اقل من الحد القانوني الذي يبيح القانون اثباته بكل الوسائل .

(1) سبق ان اشرنا الى الموضوع في البحث ص183 و 184 .

./.

2 ـ يمكن ان ينعقد الرهن ضمانا لدين غير ثابت بالكتابة لان الحيازة عندنا شرط للنفاذ وليست للانعقاد • مما يعفينا من تخصيص الدين الضمون على النحو الذى اشترطته نص المادة 969 مدني الا اذا اردنا الاحتجاج بالرهن ضد الغير (1) كما سنرى •

اما اذا كان الدائن المرتهن يريد الاحتجاج برهنه تجاه المدين فيكون الدائن في هذه الحالة بين امرين ،اما ان يحصل على قبول من المدين الملتزم بالدين المرهون ويجب ان يصدر هذا القبول في محرر رسمي واما الا يحصل على ذلك ،ففي هذه الحالة يقتضي منه كتابة عقد الرهن في محرر رسمي لابلاغه للمدين لكي يتمكن من الاحتجاج بالرهن ضده •

ونلاحظ اننا اخذنا بفكرة القبول دون نص تشريعي في القانون التجاري ولكن نرى استنتاج هذه الفكرة من نص الفقرة الخامسة من المادة 31 تجاري ذاتها حيث تنص بما يلي " ويجب ان تثبت حوالة الديون المتعلقة بالاموال المنقولة بعقد رسمي " عن طريق تفسير عبارة (عقد رسمي) تفسيرا واسعا ،على انها تفيد العقد المبرم بين الدائن المرتهن والراهن على حوالة الدين • وتفيد ايضا قبول المدين الملتزم بالدين المرهون للايجاب الذى وجه له من الدائن المرتهن (اى انها تفيد العقد المبرم بين الدائن المرتهن والملتزم بالدين المرهون) وهذا ممكن جدا لان النص المذكور جاء بصيغة مطلقة دون ذكر مضمون هذا العقد الرسمي الذى نص عليه •

اما اذا كان المطلوب هو الاحتجاج بالرهن تجاه الغير ففي هذه الحالة يجب على الدائن المرتهن التاكد من ان الدين المرهون كان مكتوبا مدونا وصحيحا وثابت التاريخ لكي يتمكن من حيازة السند المثبت للدين اتماما للحيازة كشرط لنفاذ الرهن في حق الغير •

(1) ما سبق ص219 وما سياتي ص228 .

./.

ويجب كتابة عقد الرهن (مبينا فيه (مقدار) الدين المرهون بيانا كافيا)(1) (اما الدين المضمون فلا يشترط تخصيصه عند عقد الرهن المدني (2)) ذلك ليتمكن من اتمام شرط الابلاغ فيتوقى حالة عدم صدور القبول من المدين؛

وبهذا يتبين لنا بان كتابة عقد الرهن تكون ضرورية عند الحاجة الى الابلاغ كما انها ضرورية لتخصيص الدين المرهون الذى هو شرط اقتضته ضرورة نزع الحيازة بين يدى المدين او على الاقل الحجز على هذا الدين في ذمته حتى لا يتصرف فيه الراهن (حجز ما للمدين لدى الغير).

وبهذا ننهي موضوع رهن الديون العادية وننتقل مباشرة الى كيفية رهن الديون الثابتة في سندات اسمية او اذنية. اما السندات لحاملها فتخضع لاحكام رهن المنقول المادي (3) /التي صنفت السندات لحاملها ضمن المنقولات المادية استنادا لنص المادة 970 مدني واعطتها نفس الاثار التي تترتب عن حيازتها.

وكذلك يمكن ان يستخلص الاحكام المطابقة على السندات لحاملها من نص المادة 976 مدني بمفهوم المخالفة. لان هذه المادة حين بينت كيفية انشاء رهن على السندات خصصت السندات الاسمية والاذنية دون السندات لحاملها مما يفهم منها انها تخضع لما يخضع له المنقول المادى من احكام. ونتيجة لذلك فيرجع في شانها الى ما قيل بشان المنقول المادى (4).

---

(1) ما سلف في البحث ص 43 و ص 199/219 وراجع ص 198 حيث يجوز رهن الدين الاحتمالي لكن بقيود.

(2) ما سلف في البحث ص 218 و 219 ونحن نقول هنا بعدم وجوب تخصيص الدين المضمون لاننا بصدد الرهن التجارى. وراجع عكس هذا الراى في ص 56 حيث رجحنا الراى الفقهي الذى يقول بوجوب تخصيص الالتزام المضمون، وبالتالي فان عدم التخصيص الدين المضمون في الرهن التجارى يعتبر استثناء عن القواعد العامة.

(3) J.GUYENOT. la contitution et la réalisation du gage des valeurs Mobilieres.
R.T.D.Com.1961.P. 275 à 182.
وبالخصوص بند 5 من المقالة.

(4) ص 178 وما بعدها.

الفصل الثاني

رهن السندات الاسمية والسندات الاذنية

تمهيد :

ان اهم النصوص القانونية : التي ينصب عليها بحثنا في هذا الموضوع هي :

1 ـ تنص المادة 976 مدني بما يلي : يتم رهن السندات الاسمية او السندات لأمر بالطريقة الخاصة المنصوص عليها قانونا بشرط ان الحوالة قد تمت على سبيل الرهن وبدون حاجة الى الاعلان.

2 ـ وتنص المادة 31 تجاري بما يلي : " ويثبت الرهن ايضا بالنسبة للسندات القابلة للتحويل بتظهير قانوني يشير الى ان القيم قد سلمت على وجه الضمان.

.. الفقرة الثالثة منها تنص ما يلي اما بالنسبة للاسهم وحصص الشركاء (1) في الشركات المالية والصناعية والتجارية او المدنية والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب ان يثبت الرهن بعقد رسمي ويجب ان تقيد هذه العملية على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة.

3 ـ وتنص المادة 699 تجاري بما يلي : " يحضر اصدار السندات وحصص الارباح او حصص المؤسس من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ.

4 ـ وتنص المادة 698 بما يلي : " لا تعتبر اسهما الا القيم المنقولة التي تقوم باصدارها شركات الاسهم.

5 ـ وتنص المادة700 تجاري بما يلي " يجب ان توضع احالة الاسهم تحت طائلة البطلان في شكل رسمي وان يتم دفع الثمن بين يدى الموثق الذى يقوم بتحرير العقد ".

---

(1) راجع ما سياتي في البحث ص235 مبينا الترجمة الخاطئة لهذا النص.

./.

ومن خلال هذه النصوص نستخلص ما يلي :

1 ـ السندات الاسمية والسندات لامر تخضع لاحكام خاصة بها مهما كانت طبيعتها التجارية اوالمدنية • وهي الاحكام المنصوص عليها في المادة 31 تجارى الفقرة الثانية والثالثة منها ، بالرغم من عدم نص صراحة في الاحالة الى هذه المادة •

2 ـ ان حصص الارباح وسندات القرض التي اعتاد الفقهاء على دراستها تحت تسمية القيم المنقولة قد حرمها القانون بنص المادة 699 تجارى •

3 ـ ان المشرع قد استعمل عبارة " قيم " في الفقرة الثانية من المادة 31 تجارى الخاصة بسندات لامر ، وعرف السهم ،بالقيمة المنقولة في المادة 698 تجارى •

4 ـ ان السهم في قانوننا غير قابل للتداول بالطرق التجارية ذلك بمقتضى نص المادة 3/31 والمادة 700 تجارى ، الذى يشترط في حوالته ابرامه في عقد رسمي •

وعلى ضوء هذه الملاحظات(1) نود ان نبين مفهوم القيم المنقولة وخصائصها حتى نصل الى مدى مطابقة هذا المصطلح في قانوننا مع ما تعارف عليه فقها وقضاء وتشريعا في الجهات الاخرى • كتمهيد لدراسة رهن السندات الاسمية في التشريع الجزائرى •

---

(1) بالاضافة الى الملاحظات الاخرى التي سنوردها في موضعها •

./.

المبحث الاول : السندات الاسمية •

تمهيد :

ان رهن السندات في العصر الحديث تعتبر اعظم واهم وانجع وسيلة من وسائل الائتمان • ونعني بالسندات القيم المنقولة • ولذلك قبل ان نتعرض الى كيفية رهن هذا النوع من الاموال نحاول أن نعطي اولا لمحة موجزة عن مفهوم خصائص واهمية هذه الأموال وبذلك يتحدد لنا نطاقها والمعنى الذى ننشده من ورائها ، ويتبين لنا مدى خطأ المشرع حينما سمى السندات الاسمية المتمثلة في اسهم شركات المساهمة بالقيم المنقولة بالرغم من عدم توافر خصائص هذه الاخيرة في التشريع الجزائرى وهكذا •••)

المطلب الاول : مفهوم وخصائص القيم المنقولة واهمية رهنها •

البند الاول : ان مفهوم القيم المنقولة يراد بها السندات القابلة للتداول والتي تمثل حقوق الشركاء (الاسهم) او المقرضين (سندات القرض الطويل (1) والمتوسط (2) الاجل) ولا يهم بعد ذلك فيما اذا كانت هذه القيم قد قيدت في سوق البورصة ام لم يجر تقييدها ، وهذا هو المفهوم الواسع لها •

كذلك نريد ان نشير هنا (حتى نرفع اللبس الذى قد يحصل في معنى السندات من ان للسندات انواع ، فلا تعتبر كلها من القيم المنقولة مما يقتضي منا التمييز السندات التي تعتبر من القيم المنقولة من السندات المشابهة بها ، ذلك بالوقوف على خصائصها وتحديد نطاقها •

---

(1) Repert, Paul Durant et Rene Roblot, traité élémentaire Droit commerçial, 1959, Paris, P. 722, N° 1536. الذى يقول "léxpression valeurs Mobilieres désigner des titres nigociables représentants des droit d'associers ou de préteurs a long terme"

(2) Michel de JUGLART-BENJAMIN IPPOLITO, Droit commerçial, 4è vol. Banque et Bourses, contrats, commerciaux, Paris 1974. P. 384. N° 1782. حيث يقول ما يلي "au lieu d'être des droits a court terme(lettre d'echange ou chèque) sont a Moyen ou long terme ".

./.

البند الثاني : اما خصائص ونطاق هذه القيم فتظهر من طبيعة الحق الذى يتمثل فيها وهو ما يميزها عن الحقوق الاخرى • وهذا الحق ينصب على السندات القابلة للتداول التي تمثل حقوق الشركات او المقرضين لاجل متوسط او طويل (1) ومن مميزاتها انها قابلة للتداول (2) وتدر المداخيل على اصحابها (3) وان السند يمثل دين متوسط او طويل الاجل (4) وان المحيل (المتنازل عنها) لا يضمن الا صحة الدين ووجوده آن الحوالة دون وقت الوفاء، ويكون حق اصدارها مقصورا على الهيئات العامة والشركات المساهمة (5) •

---

(1) المرجع السابق RIPERT.T.I.N° 1540.

JUGLART et IPPOLITO, 1è Vol.P.464.N° 255.

(2) JUGLART et IPPOLITO, 4è Vol.N° 1782.Ripert.T.I.N° 1577.
غير انه يلاحظ من ان مبدأ قابلية السهم للتداول قد يردعليه استثناء فيقيد هذه القابلية من حرية التداول، ذلك مثلا : الاسهم العينية (سنتين بعد التسجيل) واسهم الضمان المقدمة من طرف مجلس الادارة او مجلس المراقبة والاسهم المقترنة بشرط القبول (Actions par la clause d'argrement)
او قد تقيد هذه الحرية من التداول موءقتة فقط الى ان يفصل في النزاع او يجرى فحص شرعية التصرف، وذلك كالاسهم المتنازع على ملكيتها او الاسهم التي يملكها القصر او الموءهلون تحت الوكالة •

(3) تنقسم القيم المنقولة الى نوعين : 1- قيم ذات مداخيل ثابتة : وهي تلك التي تمنح لصاحبها حق الدائنية على الدولة او هيئة عامة (كالولاية والبلدية) او الشركات نتيجة لاستعمالها قروض، وتسمى القيم المنقولة هذه بسندات حكومية Fonds d'état وسندات الدخل les titres de rente وسندات القرض obligation وهذه كلها تعطي الفوائد مستحقة الدفع سنويا او دوريا •
2- قيم ذات المداخيل المتغيرة Les valeurs a revenu variable
وهذه لا تعطي الا حقا في الحصول على حصة من الارباح المحققة من قبل الشركة وهي على نوعين : 1- الاسهم Actions وحصص التاسيس part des fondateurs
2- حصص الانتفاع part Bénificières التي تصدرها الشركات الخاصة وخاصة شركات المساهمة او شركات التوصية Societés privée بالاسهم • اما الشركات ذات المسوءولية المحدودة والتضامن والتوصية البسيطة فان الحصة فيها غير قابلة للتداول وبالتالي فلا تعتبر من قبيل القيم المنقولة Ripert.T.I.N° 1543/S/ JUGLART et IPPOLITO 4è Vol. n° 1786 et suit.

•/•

وعلى ضوء هذه الخصائص والمميزات يتحدد نطاق القيم المنقولة في الاسهم والسندات وبالتالي فلا تعتبر من قبيل القيم المنقولة السندات التالية (1) (6)

- الاوراق التجارية مع اختلاف انواعها (بما فيها الشيكات التي لا تتضمن فوائد).
- اوراق البنكوت .
- قسمات Coupons الارباح او الفوائد او التي تمكن من الاكتتاب.
- ووصول Récepisses المودعة لدى البنك.
- عقود الملكية القابلة للتحويل tires de proprieté transmissible

اما اذونات الاسترجاع Bon de récupération او اذونات السداد Bon de Remboursement التي تصدرها الشركات، فقد قضى القضاء الفرنسي على انها ذات طبيعة مختلطة.

البند الثالث: اهمية رهن القيم المنقولة.

وتبدو اهمية رهن القيم المنقولة من عدة نواحي، وهي كالتالي : فهي مفيدة بالنسبة للمدين حيث يكون لديه وسيلة كاملة لضمان الالتزام الذى عليه، دون ان يحرم من استعمال الشيء المرهون الذى يكون ضروريا لنشاطه، وبذلك يختلف هذا النوع من الاموال، عن رهن المنقول المادى الذى يقتضي نزع حيازة الشيء المرهون من يد المدين الراهن وان كان الشيء ضروريا له.

---

(4) في فرنسا تمثل القيمة المنقولة دين متوسط الاجل (من2 الى 7 سنوات) اوطويل الاجل متى كان اجل الدين يتجاوز 7 سنوات JUGLART et IPPOLITO, 1è Vol.N° 255.

(5) JUGLART et IPPOLITO, 1è vol.N° 255.P.464.RIPERT.T.I.N°1541. ويلاحظ ان التشريع الجزائرى يمنع على شركات المساهمة ان تصدر سندات القرض وحصص الارباح او حصص المؤسسين م699 تجاري - كما ان سندات التجهيز التي تصدرها الدولة لا تعتبر من قبيل القيم المنقولة كما سنرى ص 237 حاشية رقم 1 .

(6) (1) Req.19/6/1947.S.1947.1.145.Note Bastian. اشار الى الحكم الاستاذ ريبر ج 1 فقرة 1540.

./.

لذلك يقال في القيم المنقولة على انها راسمال احتياطي جامد لم يريد المدين تحويله الى راسمال سائل، فعمد على استعماله كوسيلة للائتمان (1).

ومن اهمية رهن هذه الاموال بالنسبة للمدين انها تقوى ائتمانه الشخصي نتيجة الثقة المعطاة لهذه القيم، فان رهنها يجنبه الفوائد المرتفعة التى تترتب عن عقد القرض او الشروط التي تجعله تحت سلطان الدائن. وكذلك فرهن القيم المنقولة يكون احسن له من الالتجاء الى عمليات خصم الاوراق التجارية او غيرها التي تستتبع الانتقاص من قيمتها (2).

وهي مفيدة بالنسبة للدائن، حيث يعفي من عبء الصيانة والمحافظة التي يستلزمها الشيء المرهون الوارد على المنقول المادى.

هذا وينبغي ان نشير اخيرا في هذه المقدمة الى ان القيم المنقولة يمكن استعمالها من طرف اشخاص تجار ام غير تجار كما يمكن استعمالها ضمانا لدين تجارى ام مدني (3).

ومن الناحية العملية: انه كثيرا ما تلجأ الى هذه الوسيلة البنوك، ذلك باستعمال قواعد خاصة بها (4) فهي تعطي تسبيقات على الاسهم والسندات لاجل قصير او تستعملها لضمان حساب جارى.

وبهذه النظرة الوجيزة الى القيم المنقولة سنتطرق الى الموضوع التالي، وهو كيفية رهنها والمشاكل التي تثيرها.

---

(1) المرجع السابق : DERRUPE(étude Hamel)P.512.

(2) J.GUYENOT.R.T.D.Com.1961.P.270" cette forme de crédit est plus simple et avantagieux que l'exompte des traites dont elle entrainée la Dégression".
بخلاف الاوراق التجارية الذى يحسن للحامل أن يتنازل عنها عن طريق الخصم بدلا من رهنها الا اذا كانت الورقة مستحقة الوفاء بعد اجل بعيد كسنة مثلا، وحاجة الحامل الى المال مؤقتة جدا (كان لا تتجاوز مدة شهر مثلا) حسن يونس الاوراق التجارية، مصر 1974، ص183 ـ فقرة172.

(3) J.GUYENOT, la constitution du gage des valeurs moblières. R.T.D.com.1961.P.270.

(4) المرجع السابق : DERRUPE (étude Hamel)P.538 et suit.

./.

المطلب الثاني = رهن السندات الاسمية في التشريع الجزائري .

تنص المادة 976 مدني على ان السندات الاسمية يتم رهنها بطريقة خاصة بها وقد بينت نص المادة 3/31 تجاري هذه الطريقة بقولها = "اما بالنسبة للاسهم وحصص الشركاء في الشركات المالية والصناعية والتجارية او المدنية والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة يجب ان يثبت الرهن بعقد رسمي ويجب ان تقيد هذه العملية على سبيل الضمان في الدفاتر المذكورة (1) .

---

(1) يلاحظ ان هناك تناقض فادح بين النص الفرنسي والنص العربي للمادة 3/31 تجاري من جهة . وبما ان نص المادة 31 تجاري قد نقل من نص المادة 91 تجاري فرنسي فنلاحظ ايضا ان هناك تحريف لهذا النص المنقول منه من جهة اخرى .

ويظهر التناقض الموجود في نصي المادة 3/31 تجاري جزائري بان نص الفقرة الثالثة من هذه المادة المحرر بالعربية يفيد على انه يعالج حالتين وهي = الاسهم وحصص الشركاء . اما النص الفرنسي لهذه الفقرة يفيد على انه يعالج حالة واحدة فقط وهو كما يلي " à l'égard des actions des parts sociales des societés financiers".

وسبب التناقض ان في النص الفرنسي قد حذفت " الفاصلة " بين عبارة الاسهم والحصص مما ادى الى تغيير معنى النص جذريا .

بالاضافة الى ذلك فان النص العربي قد نص على حصص الشركاء/اما النص الفرنسي فانه قد نص على des parts sociales وهي قد لا تفيد نفس المعنى .

مع ان كلا من النصين قد اقتبسا من نص المادة 3/91 تجاري فرنسي الذي ينص على حصص الارباح - des parts intér- êts.

وتعليقنا على هذه الفقرة كما يلي = اذا افترضنا ان النص العربي هو الصحيح فان عبارة " حصص الشركاء " تفيد احدى المعنيين =

اما انها تفيد وتقصد حصص الشركاء في شركات الاشخاص وبالتالي يكون المشرع قد اخطأ على اساس ان هذا النوع من الحصص يتم رهنها عن طريق حوالة الحق (اكيم امين الخولي المرجع السابق - ص 424) .

Rogier susanne.P.132 (thèse 1939) المرجع السابق ،

واما انها تفيد رهن حصص الارباح وبالتالي يكون المشرع ايضا في التناقض مع نفسه اذ ان هذه الحصص لا يجوز ان تصدر من قبل الشركات ذلك بنص المادة 699 تجاري التي تقضي بما يلي " يحضر اصدار السندات وحصص الارباح وحصص =

./.

وبناء على هذا النص نخلص من ان رهن القيم المنقولة في تشريعنا ينفرد باحكام خاصة به لا نجدها في معظم التشريعات المعاصرة ، وخاصة التشريع الفرنسي الذى اقتبست منه بعض احكام نص المادة 31 تجارى ، والتشريع المصرى الذى اقتبست منه احكام نص المادة 976 مدني .

فمن جهة انه حسنا فعل المشرع الجزائرى حينما لم يستعمل عبارة ايضا " également " (1) التي اثارت جدلا طويلا بين الفقه والقضاء الفرنسي والمصرى ، سوف نتعرض الى بعض من هذا الجدل عند الكلام على السندات الاذنية (2) .

ومن جهة اخرى قد انفرد باحكام خاصة للقيم المنقولة ، وغير مفهومها ، بحيث لم يعد يفهم منها ما تعارفت عليه التشريعات الاخرى ، وما يفهمه الفقه والقضاء عامة . ذلك فبالرغم من ان المشرع التجارى قد عرف السهم في المادة 698 تجارى على انه قيمة منقولة ، فان منقولية هذه القيمة لم يبق اى معنى ، طالما انها جردت من اهم خصائصها ، وهي عدم قابلية التداول بالطرق التجارية (3) ، بمقتضى نص المادة 700 تجارى الذى يقضي بافراغ الحوالة في عقد رسمي .

= المؤسسين من تاريخ دخول هذا القانون حيز التنفيذ " وان افترضنا ان النص الفرنسي هو الصحيح ، فان عبارة "parts sociales" تكون زائدة اذ لا تضيف الى الاسهم شيئا .
وعليه ففي كل الاحوال يجب اعادة النظر في هذه المادة وادخال تعديلات عليها حتى يرفع عنها هذا الالتباس والغموض .

(1) ان عبارة (ايضا également) قد وردت في التشريع الفرنسي - راجع المادة 91 من هذا القانون . Art.91/2.......le gage peur également être établi par un transfert, a titre de garantie inscrit sur lesdite registres.

(2) لكن وان كان المشرع الجزائرى تجنب استعمال عبارة "ايضا" عند ما تعرض لرهن السندات الاسمية . فانه وقع في نفس الخطا الذى وقع فيه التشريع الفرنسي والمصرى ، ذلك باستعماله عبارة " ايضا " عند ما تعرض لكيفية رهن السندات الاذنية كما سنرى في ص251 وما بعدها .

(3) ما سبق في البحث ص232 وص237 (c'est par sa moblité qu'il est défini.

وعلى ذلك فلم يبق الكلام عن القيم المنقولة في ميدان الشركات في الجزائر (1) ،بل ولا يراد بهذه العبارة الا الاسهم التي يتم التنازل عنها بما يتم به التنازل عن الديون العادية في القانون التجارى ،وقد سبق ان انتقدنا موقف المشرع في اشتراط الرسمية في التنازل عنها على نحو اشد مما هو عليه حوالة الحق في القانون المدني (2) .

كذلك ان استعمال عبارة " قابلية التداول " في مواضيع عديدة منها نص المادة 703 و 704 تجارى لا يقصد بها ما اصطلح عليه فقها وقضاء (اى قابلية التداول بالطرق التجارية) وما يراد بهذه العبارة الا حوالة حق في شكليه اشد مما هو عليه الوضع في القانون المدني ، ذلك لما اشترط ثبوت الحوالة في عقد رسمي بدلا من ان يكتفي بمحرر عرفي ، فلقد نص في المادة 700 تجارى على وجوب ابرام عقد الحوالة في شكل رسمي اذا ما تعلق الامر بالاسهم،(كما يلاحظ ان هذه الظاهرة موجودة في كل القانون التجارى)(3)، ولذلك فلم يعد هناك فرق جوهرى بين تحويل الدين العادى وتحويل السهم في قانوننا التجارى .

---

(1) بل لا تعتبر قيما منقولة السندات التجهيز التي انشاها المشرع بمرسوم رقم 71/91 الصادر بتاريخ 9/4/1971 طالما ان هذه السندات تنص في طيها على انها غير قابلة للتحويل ،لذلك يصح القول بان في الجزائر ليس هناك قيم منقولة بالمعنى الدقيق لان حصة التداول في القيمة المنقولة هي شرط جوهرى فيها وبهذا يقول الاستاذ ريبير Ripert,T.I,n° 1540 ما يلي =

" Le titre est essentiellement négociable, c'est par sa mobilité qu'il est défini"

بالاضافة الى هذا فان احضر المشرع على الشركات المساهمة وغيرها من ان تصدر سندات القرض obligations التي تعتبر من القيم المنقولة (بمقتضى المادة 699 تجارى لدليل على نية المشرع من ابتعاد على هذا النوع من الاموال لما فيها من المضاربة وما يشوبها من الربا .

(2) ما سبق في البحث ص 224 وما بعدها .

(3) المواد 31/5 المتعلقة بتحويل الدين العادى ،والتنازل عن المحل التجارى م 79 ورهنه م 120 كما نص في موضع اخر كما يلي " غير أن الرهن الحيازى الوارد على الادوات والمعدات الخاصة بالتجهيز يمكن أن تتم الموافقة فيها بواسطة عقد رسمي او عرفي ـــ

./.

ونحن نرى انه وان كان هذا الموقف يمتاز بتوحيد الصياغة في تحويل الحقوق التجارية (عادية كانت ام ثابتة في سندات) ومع ذلك فلا نرى مبررا في فرض شكلية معقدة بل أكثر تعقيدا من القانون المدني .

وخلاصة القول ان عبارة القيم المنقولة التي وردت في مواضيع عديدة سواء في القانون التجاري (1) اوغيره (2) لا تعني سوى انتقال الحقوق في وضع اشبه مما هو عليه القانون المدني .

ومما يزيد في الاستغراب انه بينما تقررت كتابة عقد الحوالة في شكل رسمي ـ(في رهن الديون العادية (م 5/31) والتنازل عن الحصة في شركات التضامن (م 561) وتحويل الحصص في الشركات ذات المسؤولية المحدودة (م 572 تجاري) كشرط للاثبات فانها قد تقررت هذه الكتابة (في تحويل الاسهم). كشرط للانعقاد (م 700 تجاري)، مما يفيد من ان التنازل عن الحق العادي او المتمثل في الحصة اسهل اجراء من التنازل عن السهم في شركات المساهمة .

= م 152 تجاري " كذلك يشترط الرسمية في التنازل عن الحصة في شركات التضامن م 561 تجاري وشركات ذات المسؤولية المحدودة م 572 تجاري وهكذا . . . .

(1) مواد 2/31 و 3 تجاري والمادة 698 تجاري .

(2) وعلى سبيل المثال = المرسوم الصادر بتاريخ 1971/04/9 تحت رقم 71/91 المتعلق بتحديد شروط اصدار سندات التجهيز (J.O.n°30) وبالخصوص المادة 7 منه .

ومرسوم رقم 72/32 الصادر بتاريخ 1972/01/31 المتعلق بالتنازل عن العقارات والحقوق العقارية او المتعلق بشراء او التنازل او رهن القيم المنقولة وخاصة المادة 2 منه .

./.

المطلب الثالث - الشهادة المثبتة لقيد السهم المتنازل عنه في سجل الشركة ٠

اذا كان قد اشترط الرسمية في التنازل عن الحقوق الثابتة في سندات اسمية ٠ فان الخصائص الجوهرية لهذه السندات تكمن في قيد اسم مالكها في سجل الشركة ،لان عبارة الفقرة 3 من المادة 31 تجارى التي تنص على ما يلي " والتي يحصل نقلها بموجب تحويل في دفاتر الشركة " تفيد على ان التحويل سبقه التسجيل الالزامي في هذا الدفتر ٠ ويسلم للمساهم شهادة اسمية تثبت بها عملية التسجيل او القيد ٠

فتساءل البعض عما اذا كانت تقوم حيازة هذه الشهادة مقام حيازة الحق الذى تمثله ٠

اما الفقه وكما سلف الذكر (1) يقول البعض منه ان هذه الحيازة لا تكفي بحجة عدم ادماج الحق في الورقة التي تثبته وبحجة ان هذه الورقة يمكن الحصول على اكثر من واحدة وبالتالي فلن يتحقق الغرض من حيازته،حيث انها لم تنزع الحيازة من يد المدين ،وهذا الاخير يمكن له استخراج شهادة اخرى مماثلة ٠

لكن القضاء الفرنسي قضى بان حيازة السند هو بمثابة حيازة الحق ذاته ولقد صدر عن محكمة النقض الفرنسية عدم احكام اشار اليها الاستاذ ديروبي DERRUPE (2) تقضي على ان الرهن الذى تجريه الشركة على اسهمها الغير المكتتب فيها بعد يعد صحيحا على اساس ان الرهن

---

(1) ما سبق ص204 وما بعدها .. DERRUPE (étude Hamel P 223

(2) Cass.ch.reunies.16 mars 1904.D.1904.1.321.note thaler.conclu- sion Baudouin.Civ.23 fevrier 1909.D.1909.1.478.Rec Sey.1909 1.39.Civ.23 Octobre 1929.D.1930.1.152.

المرجع السابق - اشار اليهم في الحاشية ٠ DERRUPE (Hamel)P. 525.

./.

الذى ينصب على الاسهم وكانه ينصب تماما على الحق ذاته ،الذى يعود لحامل السند ضد الشركة المقترضة .

بل ذهب الى ابعد من ذلك حيث اعتبر حائزا ،الدائن الذى له وصل الايداع للسند لحامله،من قبل البنك متى كان هذا الوصل يتضمن ارقاما للسندات المودعة (1) ،غير ان المشرع الفرنسي قد وضع حدا لهذه الوضعية ،التي اثارت خلافا بين اتجاه الفقه والقضاء، بنص صريح في قانون 24/ جوى / 1966 (2) حيث نص على ان الاسهم تكون قابلة للتداول بعد قيد الشركة في السجل التجاري او قيد اشارة التعديل اثر زيادة راسمال . ومعنى ذلك انه لا يجوز تداول الاسهم قبل واقعة القيد ،ويفترض ايضا ان راسمال قد تم الاكتتاب فيه بكامله وحصل اثبات الاكتتاب والدفعات بتصريح من المؤسسين بموجب عقد التوثيق (3) تلك الاجراءات التي تسبق عملية القيد (الذى اخذ به في تشريعنا) وبالفعل فقد اخذ بهذا الحل المشرع الجزائرى (3) وعلى ذلك فلا يتصور رهن الاسهم في القانون الجزائرى قبل ان يكتتب فيها ، بل وحتى وان قيد في السجل التجاري اذ وكما سلفا ،لم يكتفي تشريعنا ، بهذا الحد بل اشترط في الحوالة ان تكون في عقد رسمي والا لكان مآلها البطلان (م 700 تجارى) .

وبناء على ما تقدم انه لا يمكن تصور قيام حيازة الوصل مقام حيازة السند في القانون الجزائرى ،طالما ان حيازة السند ذاتها لا تكفي .

---

(1) Cass.Civ.25 Juin 1891.D.99.1.185.19/2/1894.D.94.1.420.
24/2/1903.Dr.financier.1903.145.
CARBRICAL.J.C.F.A.n°36.
اشار اليها الاستاذ =

(2) المادة 271 تجارى فرنسي (من قانون 24/7/1966) .

(3) المادة 703 تجارى والمادة 598، 599، 600 تجارى .

./.

هذا ومن الجدير بالملاحظة ان حيازة الوصل قد تثار بمناسبة ايداع الاسهم لدى احد البنوك ،كما قد تثار بالخصوص في حالة ما اذا كانت الاسهم في وضعية ايداع اشترطه القانون .

وذلك مثلا كاسهم الضمان التي يضعها اعضاء مجلس الادارة في شركة المساهمة (مواد 619 و 620 تجاري) (1) والاسهم العينية خلال السنتين الاولى من تاسيس الشركة (مواد 709 و 2/808 تجاري) (2) ففي هذه الحالات لا يسلم لصاحب السهم سوى وصلا ،ليتمكن به اثبات سنداته المودعة .

لذلك يقول البعض ان عدم جواز التصرف في الاسهم العينية او الضمان يعتبر تقييدا لمبدا حرية التداول في الاسهم (3) ويلحق بهذه الاسهم، تلك التي وقع الحجز عليها للسرقة او الضياع .

غير ان البعض الاخر من الفقهاء يرون ان المنع من التصرف في هذه الاسهم لا يعني المنع من اجراء الرهن عليها ،لان رهن الاشياء غير القابلة التصرف فيها جائز،على ان يكون هذا المنع موقتا ،كما هو الحال في الامر

(1) نص المادة 619 تجاري تشترط في مجلس الادارة امتلاك عدد من الاسهم لا يقل عن 20% من راسمال الشركة . اما المادة 620 تجاري فانها تمنع التصرف فيها الى ان تصادق الجمعية العامة العادية على حسابات السنة المالية الاخيرة لادارتهم .وهذان النصان قد نقلهما المشرع من المشرع الفرنسي المادة 95 و 96 تجاري من قانون 1966/07/24 .

(2) نص المادة 709 تجاري يحضر التداول بالاسهم العينية الى بعد سنتين من تاريخ القيد اما المادة 2/808 فانها تعاقب من تعامل في هذه الاسهم قبل انقضاء الاجل المضروب عليها .

(3) المرجع السابق M.JUGLART et B.IPPOLITO.4è Volume.P.385.n°1782. حيث يقولان = "toute fois, certaines restrictions sont quelquefois apportées a la libre negociation des valeurs mobilieres, actions d'apporte, actions de garantie, titre perdus ou volés et frappés d'oppositions".

./.

انهـا تتوقـف suspendu حقـوق الدائـن المرتهـن فـي التنفيـذ عليهـا حتى يـتم تحريرهـا (1) ،وفـي نظرنـا،انـه بالرغـم مـن وجـاهـة الـراى الاخيـر مـن الناحيـة القانونيـة ،فـان التصرف بالرهـن فـي اسهـم الضمـان،خـلال مـدة الادارةوالعينيـة خـلال السنتيـن الاولى،قـد لا يجـدى الدائـن نفعا من الناحية العملية ،لان الشركـة تستاثـر بالمال وحدهـا ،عند مـا يتزاحـم حـق الدائـن المرتهـن وحـق الشـركـة فـي التعويـض،عمـا لحقهـا مـن ضـرر مـن سـوء التسييـر او لظهـور عيـب خفـي في الحصة المقدمـة لهـا . بالاضـافـة الـى هـذا فانـه ليـس من الاكيـد ان يبقـى شـيء مـن هـذا المـال يمكـن التنفيـذ عليـه عند مـا تلحـق بالشركـة خسائـر مـن سـوء التسييـر الـذى يثبـت فيـه خطـأ مجلـس الادارة اوعند مـا يظهـر عيـب خفـي فـي الحصـة العينيـة (2) فـي الاجـال القانونيـة .

المبحث الثاني = رهن بعض الحقوق الاخرى التي لها صلة بالسهم .

المطلب الاول = رهن الوعد بالسهم Promesse d'action

سبق ان اشرنا من انه لا يجـوز رهن اسهـم قبل الاكتتاب فيهـا ،طالمـا ان المشرع قد ربـط جـواز التداول بالسهـم بقيـد الشركـة فـي السجـل التجـارى،هذا الوضـع يـؤدى بالضرورة الـى عـدم جـواز رهـن الوعـد بالسهـم الـذى يحصـل عليـه المكتتب من قبـل المـؤسسيـن ،بعـد دفـع حصتـه وقبـل اتمـام اجراءات التاسيس(3)

(1) المرجع السابق -DERRUPE (Etude Hamel) P. 526.
-DEMONGUE.R.T.D.Civ.1916.P.123.
المرجع السابق ، -Rogier Susanne.P.133.

(2) المادة 693/694 تجارى الخاصة بمسؤولية مجلس الادارة والمادة 422 مدني الخاصة بضمان العيوب الخفية للحصة .

(3) يلاحظ ان نص المادة 803 تجارى اورد في الفقرة الثالثة منه نصا يعاقب من يتعامل بالوعد بالسهم لا نرى له مبررا . لان هذه الفقرة قد نقلها المشرع الجزائرى من نص المادة 433 تجارى فرنسي (قانون الشركات) غير ان المشرع الفرنسي قد نص علـى الوعد بالسهم في الفقرة الثانية من المادة 271 تجارى (قانون الشركات) ولما نقـل المشرع الجزائرى هذا النص في المادة 703 تجارى حذف الفقرة المتعلقة بالوعـد بالسهم ،كان ينبغي ان تحذف ايضا هذه الفقرة عند ما نقل نص المادة 433 من قانون الشركات والمتعلق بالمخالفات وهذا في نظرنا تناقض من حيث انه يعاقب المشـرع الجزائرى على شيء غير موجود وتناقض ايضا مع القانون الجنائي الذى يقضي بان لا جريمة الا بوجود نص صريح يمنع ذلك .

./.

لكن الفقه يرى بجواز رهن هذا الوعد بالسهم عن طريق حوالة الحق (1) .

المطلب الثاني = رهن حق الانتفاع بالسهم .

قد يحدث ان يكون مالك الاسهم غير حائزا للسندات المثبتة له الحق ،كما في حالة ~~الرقبة~~ مالك الرقبة ،الذى يقتضي منه تسليم سنداته لصاحب حق الانتفاع ،الامر الذى يثير التساؤل عما اذا كان بامكان مالك الرقبة الذي ليس بيده السند ان يرهن هذه الاسهم ؟ المشرع لم ينص على هذه الوضعية . غير انه ،في نظرنا لا يمنع من التصرف فيها عن طريق حوالة الحق بعقد رسمي في القانون الجزائرى .

طالما ان حيازة السند في القانون الجزائرى ليست لها اهمية ،وان اثبات الحوالة لم تناط بالحيازة المادية بل بابرام عقد رسمي ،ويثار السؤال الثاني وهو متى تكون الشركة والمنتفع بالسهم ،حوزان لصالح الدائن المرتهن ؟ وللاجابة عن السؤال فقد اختلف القضاء والفقه في الموضوع ،أما القضاء ،فيميز بين رهن اسهم الضمان والاسهم العينية ،وبين رهن ملكية الرقبة ،ويشترط لرهن اسهم الضمان والاسهم العينية التي تكون تحت حيازة الشركة (لكي تعتبر هذه حائزة لصالح الدائن المرتهن)

---

(1) المرجع السابق الذى يقول = - S.ROGIER.P.134 et suit.

" quoi qu'il en soit, ce droit peut être cédé mai, par suite de sa non négociabilité, il ne peut que l'être conformement à l'article 1690 en consequence ilpourra être mis en gage en observant les formes requises par l'article 2075 C:Civ et 91/4/ comm.".

./.

ان تبلغ الشركة وان تقبل بان تحوز في المستقبل لصالح الدائن المرتهن ولحسابه (1)، واما رهن ملكية الرقبة فانه يكتفي بابلاغ المنتفع لكي يحوز لصالح الدائن المرتهن، دون اشتراط الحصول على قبول منه (2) بشرط ان تكون الحوالة في هذه الحالة على سبيل الضمان .

اما الفقه فلا يشترط في هذه الحيازة الا الابلاغ دون تمييز بين رهن اسهم الضمان واسهم العينية او مجرد رهن ملكية الرقبة .

وبذلك يرى الاستاذ DERRUPE بان موقف القضاء كان متشددا جيدا لا مبرر له، وان اشتراط صدور القبول من الشركة قد لا يضيف شيئا من ضمانات الدائن المرتهن، اذ ان المهم هو منع المدين الراهن من ان يستعيد حيازة السند ومنعه من التصرف فيه مرة ثانية باضرار بالدائن، والابلاغ وحده يكفي لتحقيق هذا الغرض(3) .

---

(1) Cass.Civ.25.11.1891.D.1891.1.506.
Besançon 18/12/1895.Rec sery.96.2.71.

اشار اليهم الاستاذ ديروبي DERRUPE ص530 ــ المرجع السابق .

(2) Paris.7.11.1894.GAZ-Palais 1894.2.672.

هذا الحكم صدر في قضية متعلقة برهن ملكية الرقبة للسند ، وفيه يشترط القضاء ان يبلغ المنتفع وان تكون الحوالة عن سبيل الضمان، اشار الى هذا الحكم ايضا DERRUPE في ص530 فقرة 20 ــ المرجع السابق .

(3) المرجع السابق DERRUPE (étude Hamel) P. 530, n° 21.

./.

المطلب الثالث = موقفنا من الخلاف الذى ثار بين الفقه والقضاء الفرنسي .

نحن لا نرى اهمية عملية لهذا الخلاف الذى ثار بين الفقه والقضاء الفرنسي . ونرى بالتالي انه لا يشرط ابلاغ الشركة ولا صدور قبول عنها .

فاما الابلاغ فقد يغنينا عنه تقييد الحوالة على سبيل الضمان في سجلات الشركة ، وبذلك يتحقق نفس الغرض الذى يهدف به الابلاغ وهو تحقق علم الشركة بهذا القيد ، وتحقق علم الغير باطلاعه على هذه السجلات .

اذن فالقيد يقوم مقام الابلاغ وبذلك يتحقق غرض المشرع الذى نص في المادة 976 مدني على ان رهن السندات الاسمية او السندات الاذنية لا حاجة لها الى الابلاغ .

اما القبول = فيجب التمييز بين الشركة المدينة بالحق المثبت بالسهم والشركة المودع لديها السند ، وبالتالي تكون مدينة بالرد ، السند ذاته ، عند انتهاء مدة الايداع ، وفي هذه الحالة تكون حائزة للسند ، لكن عندما تكون للشركة صفتان (مدينة ومودعة) هنا (فخلافا لما قلناه بان حيازة الوصل او شهادة الايداع لا تقوم مقام حيازة السند في القانون الجزائري ، بحجة ان حيازة السند ذاتها لا تكفي ، ذلك لاشتراط المشرع الرسمية) (1) يجب اعتبار شهادة الايداع للاسهم الضمان والاسهم العينية ، بمثابة (السهم ذاته) طالما انه صدر من نفس المدين (وهو الشركة) .

وبهذا الاعتبار نكون قد تجنبنا كل العراقيل وهي = اعتبار الشركة مدينة لا حائزة . وتعتبر الحيازة موجودة تحت يدى الدائن المرتهن لا لدى الغير . اذ قد سبق ان قلنا ان حيازة السند لا يجوز ان تستند الى المدين الملتزم

---

(1) ما سبق في البحث – ص 240 .

./.

بالديـن (1) المرهـون،(وهـو فـي هـذه الحـالـة الشركـة) لان ذلك معنـاه وضـع بيـن يـدى المديـن الوسيلـة التـي يثبت بهـا الحـق عليـه ،وفـي نفس الوقـت تجـرد الـدائـن الراهـن مـن الوسيلـة التـي يثبـت بهـا دينـه عـلى المديـن، فان اعتبـرنـا الشـركـة حائـزة،نكـون قـد وضعنـا بيـن يـديهـا الوسيلـة التـي يثبـت بهـا الحـق عليهـا • وللخـروج مـن هـذا (المازق) يجـب اعتبار شهـادة الايـداع التـي تسلـم لمـالـك الاسهـم بمثابـة الاسهـم ذاتهـا ،ورهـن هـذه الاسهـم يـتم بـرهـن هـذه الشهـادة ،وتـتم الحيـازة بهـا • ولا مخافة في ذلـك طالمـا ان هـذه الشهـادة قـد صـدرت مـن نفـس المديـن (وهي الشركة) •

وتطبيقـا لهـذا الحـل ،تكـون الحيـازة لدى الدائـن المرتهـن ،وليس لـدى الغيـر (اى الشركـة) وكـذلك يـؤدى بنـا الـى الاستغنـاء عـن القبـول الـذى اشترطـه القضـاء الفرنسـي ، (ذلـك القبـول الـذى يصدر عـن الشركـة باعتبـارهـا غيـرا حائـزا) •

انمـا نكـون امـام وضـع عـادى وهـو حـوالـة الحـق الـذى على المديـن (الشركـة) والحـوالـة تتـم دون رضـا المديـن تطبيقـا للقـواعـد العـامـة فـي حـوالـة الحـق •

كإمـا هـو فـي الامـر تعتبـر حيـازة الشركـة للسهـم الاصلـي بمثابة رهـن حيـازى ضمانـا لديـن محتمـل الـذى قـد ينشـأ او يثبـت فـي ذمـة المديـن الراهـن (وهـذا الرهـن جائـز) (2)وان تسلـيم شهـادة الايـداع مكان الاسهـم تعتبـر بمثابـة رهـن جنـد يـد، وارد عـلى مـال واحـد،وهـذا ايضـا جائـز•

وعنـد التزاحـم بيـن حـق الشـركـة فـي الرهـن وحـق المرتهـن الثانـي تكـون الاسبقيـة للشركـة فـي التنفيـذ عـلى الاسهـم،لان حقهـا فـي الـرهـن

(1) ما سبق في البحث ــ ص 143 .

(2) راجع ما قلناه في جواز اجراء رهن ضمانا لدين احتمالي ــ ص55 وما بعدها •

•/•

قد نشأ قبل انشاء الرهن الجديد ، وبما ان الاحتجاج بالرهن ضد المدين مرتبط وجودا وعدما باحدى الوسيلتين، اما ابلاغه، او الحصول على قبول منه للرهن ، وبوجود هذا الابلاغ يغنينا عن القبول المعادل له ، وبما ان القيد يقوم في نظرنا مقام الابلاغ فبالتالي يعتبر انه متوفر بوجود القيد ، بحيث يمكن الاحتجاج بالرهن ضد الشركة (دون الابلاغ) . وبما ان القيد في سجل الشركة يفيد ايضا ثبوت التاريخ له ، فبامكاننا الاحتجاج بالرهن ضد الغير (دون المرور عن طريق الابلاغ او القبول الثابتي التاريخ) لكن يجب في كل حالة كتابة عقد الحوالة في عقد رسمي .

وهكذا نخلص من ان القيد في سجلات الشركة يفيد امرين الابلاغ وثبوت التاريخ له . ونخلص ايضا من ان الشركة لا تعتبر حائزة لاسهم الضمان او الاسهم العينية بل هي مدينة بها (ام الحائز هو الدائن بمقتضى شهادة الايداع) .

وقد يقال ان مضمون الحق في شهادة الايداع ليس واحد مع مضمون الحق في السهم، ونرد على ذلك بان الامر هنا لا يثار طالما ان هناك نفس المدين (وهو الشركة)، فاذا كان من مضمون السهم يثبت حق المساهم في ذمة الشركة ، فان شهادة الايداع المسلمة له تفيد ايداع السهم لدى الشركة وتفيد ايضا ان هذا السهم المودع يتضمن حقا ثابتا في ذمتها، اذن فالنتيجة واحدة لان في النهاية تكون العبرة بالحق لا بالشكل الذي يثبت به .

ولا يقال ان للمدين الراهن امكانية استخراج شهادة اخرى لان هذه الامكانية مستبعدة ، وتكون الشركة مسؤولة عن ذلك طالما ان الشهادة الاولى قد استخرجت قبل تاريخ اجراء قيد الرهن في سجل الشركة ، وقيد الرهن ذاته يفيد امرين =

1 ـ يمنع الشركة ان تدفع الحق المرهون للمدين الراهن (يعني الشريك) •

2 ـ يجب على الشركة ان تنقل اشارة قيد الرهن على الشهادة المستخرجة بعد اجراء الرهن المقيد ،وهذه الاشارة تمنع المدين الراهن ان يجري رهون جديدة على نفس الاسهم الا بقدر ما يستوعبه المال ،وبهذا الاشارة يتحقق علم الغير بمجرد الاطلاع على الشهادة •

ونكتفي بهذا القدر فيما يخص رهن الاسهم الاسمية ونتولى موضوع رهن السندات الاذنية •

<u>المبحث الثالث</u> = رهن السندات الاذنية •

وكما نص المشرع في المادة 976 مدني على السندات الاسمية،فانه قد نص على ان السندات للامر يجري رهنها بالطريقة الخاصة بها •

وبين نص المادة 2/31 هذه الطريقة بقولها " ويثبت الرهن ايضا بالنسبة للسندات القابلة للتحويل بتظهير قانوني يشير الى ان القيم قد سلمت على وجه الضمان " •

ويستفاد من هذين النصين ،من ان الطرق التي ترهن بها السندات الاذنية تجارية كانت ام مدنية هي واحدة (1) لان الطريقة الخاصة التي احالنا اليها المشرع بمقتضى نص المادة 976 مدني ما هي الا الطريقة التي اوضحها القانون التجاري في الفقرة الثانية من المادة 31 •

غير ان هذه الفقرة يشوبها بعض الغموض نتيجة ورود في الفقرة ذاتها عبارة " ايضا " بقولها " ويثبت الرهن ايضا " تلك العبارة التي

---

(1) وبهذا المعنى الاستاذ • Rogier susanne. المرجع السابق ـ ص 174 •

•/•

استوقفت الفقه والقضاء زمنا طويلا (1) ولا زال النقاش يدور حولها الى يومنا هذا، فلقد ثارت الاختلافات بين الاراء الفقيه واحكام القضاء حيث ادخلت التاويلات عليها (نقف عندها شيئا ما، دون التعمق في الموضوع حتى لا تحيد نا الفكرة عن موضوع بحثنا) وكان بامكان المشرع تجنبها وبالتالي تجنب العيوب التي تنسب لها .

وسنحاول ان نلخص هذا الجدال الذى ثار في فرنسا بين الفقه والقضاء في المطلبين الاتيين =

المطلب الاول = راى الفقه .

يرى الفقه الراجح في فرنسا على ان عبارة " ايضا " تفيد الاحالة الى احكام حوالة الحق في القانون المدني . بمعنى ان السندات الاذنية قد ترهن بالطرق التجارية اى بالتظهير التاميني كما يمكن الاستغناء عن هذه الوسيلة وبالتالي فتطبق عليها القواعد العامة في حوالة الحق في القانون المدني (2) ويستوى في ذلك ان يكون السند مدنيا ام تجاريا .

---

(1) ذلك لورودها في التشريعين الفرنسي والمصرى ،سبق ان اشرنا اليهما P.512.n°9

(2) وبهذا المعنى يقول الاستاذ DERRUPE (Etude Hamel) المرجع السابق
" Les termes" aussi et également" doivent être compris comme se referant au droit commun de la signification seul précédé, normal de la mise en gage des valeurs incorporelles avant 1863, l'indes et le transfert sont les facilités imaginees par le droit commerçial pour la transmission de certaines; les intéresses sont libres de renoncer à ces faveurs, mais ils doivent alors, aussi bien pour la cession que pour la mise en gage, faire significations au débiteur, obtenir de lui une acceptation par acte authentique"

وراجع ايضا الاستاذ اكثم امين الخولي ،المرجع السابق ص 424 الذى يقول "ويذهب الفقه الراجح في فرنسا الى ان المقصود هو رهن هذه الصكوك باتباع اجراءات ينص عليها التقنين المدني لرهن الحقوق وهي قبول الدين او اعلانه "
وبهذا المعنى تقول الاستاذة = Rogier Suzanne, thèse, Paris. 1929. P.166 à 170.

./.

اما الفريق الثاني فقد اختلف في شأن رهن السندات الاذنية المدنية فالبعض منهم (1) يرى ان هذه لا ترهن الا بما ترهن به الحقوق في القانون المدني ، ذلك بحجة ان الاعمال التحضيرية للقانون الفرنسي الصادر في 23 ماى 1863 لم يعتني بالرهون المدنية وان لهذا القانون صفة تجارية مما يجعله غير قابل التطبيق الا على الاعمال التجارية ، وعليه فانه لا يمكن القول بان التظهير يكفي بان ينقل ملكية هذه السندات

والبعض الاخر من هذا الفريق (2) يرى بان السندات الاذنية المدنية لا ترهن الا بالتظهير . ومنهم من يتطلب تحرير عقد الرهن في كتاب ثابت التاريخ (2) ومنهم من يتطلب كتابة هذا العقد عند ما تتجاوز قيمة المال الحد الذى يشترطه القانون لاثبات الالتزام بالكتابة (3) ومنهم من يكتفي بالتظهير فقط دون اشتراط كتابة عقد الرهن (مهما بلغت قيمة المال المرهون او الالتزام المضمون) (4) .

---

(1) MM. BANDRY Lacautinerie, et Loynes.Traité théorique du droit Civil,DW, nautissement des prévilèges et Hypothique et de l'expropriation forceé.3è éd.T. n°63./ اشار اليه الاستاذ روجي ص176

Lacour et BOUTERON, Precis de droit commerçial. 3è ed.T.I.n° 869.

BUCHERE, traité théorique et pratique des valeurs mobilieres et effets publics.2è ed. n° 452.

اشار الى هذا المرجع السيدة Rogier Suzanne المرجع السابق ـ ص176 .

ومازو= اذ يقول ولو تعلق الامر برهن السند لحامله فانه يشترط بجانب تسليم السند اتمام الابلاغ او الحصول على قبول المدين لكي يحتج بالرهن تجاه اى كان ، فشكليات حوالة الحق اذن تكون دائما مطلوبة في رهن الديون المدنية .

(2) MM. Planiol, traité élémentaire de droit civil,9è ed.T.II n° 2412.(S. Rogier.P.176) اشار اليه في المرجع السابق

(3) MM.Thaller et Perceron, traité élémentaire de droit commerçial à l'exclusion du droit maritime.7è ed.n° 1082. مشار اليه من طرف(S. Rogier.P.177) المرجع السابق .

(4) M. Auby et Rau, cours de droit cicil français, 5è ed.T.VI n° 433.

M. BEUDANT, cours de droit civil français, les suretés personnelles et réelles, T.I.n° 149.

مشار اليهما من طرف (S.Rogier P.176) المرجع السابق ـ ص176 .

./.

المطلب الثاني = راى القضاء الفرنسي .

اما القضاء الفرنسي فقد ذهب الى تفسير الفقرة الثانية من المادة 91 تجارى (التي تقابلها المادة 2/31 تجارى جزائرى) عن طريق تقريبها بالفقرة الاولى في نفس المادة (اى المادة 91 تجارى) التي تحرر الرهن التجارى من اى اجراء شكلي في اثباته بين الطرفين وبالنسبة للغير .

وبالتالي فانه يفسر عبارة " ايضا " على انها تفيد جواز رهن السندات الاذنية اما بالتظهير التاميني واما بطرق التنازل عن الحق في القانون المدني، واما باتباع طرق اخرى التي ترهن بها المنقولات المادية في القانون التجارى . بمعنى انه يجوز رهنها بمجرد تسليم السند الى الدائن المرتهن دون اجراء اخر (1) ,ويؤيد هذا الراى بعض الفقهاء المصريين (2) بحجة ان رغبة المشرع هي تحرير الرهن التجارى من القيود التي يقبضها التقنين المدني فيما عدا انتقال الحيازة للسريان الراهن التجارى في حق الغير .

المطلب الثالث = موقفنا من هذا الجدال .

ان هذا التفسير الذى انتهى اليه الفقه والقضاء الفرنسي قد لا يصدق تطبيقه في التشريع الجزائرى . ذلك لان رهن الديون التجارية في تشريعنا تنفرد باحكام خاصة بها لم تعرف في التشريعات الاخرى (مثل التشريع الفرنسي والمصرى) كما سلف الذكر (3) .

---

(1) المرجع السابق MAZEAUD.P.78.n°71.
M. de Juglart et Ippolito, traité de droit commerçall
T.I.n° 255- 3
"cette mise à la disposition سبقت الاشارة اليه ـ غيتيون مايلي
sens dossier, qui s"effectue par une simple remise matreille des contrats, permet une constitution de gage au profit des porteurs de billets".
مع الملاحظ ان هذا الاجراء قد نشأ بقانون 1969/12/31 الفرنسي ،المادة 4/16 يتعلق بالخصوص برهن السندات المحولة . Bellet de mobilisation

(2) اكثم امين الخولي ـ المرجع السابق ـ ص 425 .

(3) ما سبق ص 219 وما بعدها من هذا البحث .

./.

ولذلك فان استغناء الاطراف عن استعمال طريقة التظهير التاميني التي منحها اياهم المشرع استثناء يفيد ان عبارة " ايضا " تحيل الى القواعد الاخرى غير التظهير، لكن المشرع لم يبين لنا اى نوع من القواعد هذه .

فيثار بالتالي اشكال فيما اذا كان يقصد تطبيق احكام المواد 969، 975، 241 مدني التي تكتفي بتحرير عقد الحوالة في شكل عرفي، مع ابلاغ المدين او الحصول على قبول منه، وبهذا نكون قد اخذنا بما اخذ به الفقه الراجح في فرنسا .

ام ان عبارة " ايضا " يقصد بها تطبيق احكام المادة 1/31 التي تحيل بدورها الى المادة 30 تجارى وبالتالي يتم رهن هذه السندات من دون شكلية بمجرد التراضي، وتتم الحيازة فيها بحيازتها، ويثبت رهنها بجميع وسائل الاثبات، فنكون قد اخذنا بما انتهى اليه القضاء الفرنسي .

ام ان هذه العبارة " ايضا " يقصد بها الاحالة الى احكام المادة 5/31 تجارى التي تنفرد بوضع خاص غير مالوف لرهن الديون التجارية والتي تقتضي اثبات حوالة الحق في عقد رسمي .

والواقع ان المشرع الجزائرى لما ميز بين احكام رهن الديون العادية المدنية عن احكام الديون العادية التجارية، فعند الاستغناء عن طريقة التظهير يقتضي قبل كل شيء تكييف الطبيعة القانونية للحق المرهون، فان تبين بعد التكييف ان الحق المرهون مدنيا، طبقت عليه احكام حوالة الحق في القانون المدني . اما اذا كان الحق المرهون تجاريا، فلا تنطبق عليه الا الاحكام التي تطبق على رهن الديون التجارية (م 31/ 5) مشددة كانت ام مبسطة .

وعليه فلا يمكن القول بجواز رهن السند الاذني بطرق رهن الديون العادية المدنية الا اذا كانت طبيعة الحق الممثل بالسند مدنية .

./.

لان نص المادة 5/31 تجاري نعتبر استثناء عن القانون المدني وتقييدا له حينما اشترطت الرسمية في اثبات الحوالة ،ونحن سبق ان انتقدنا هذا الموقف .

وهذا المشكل كان لن يثار لولا نص المادة 2/31 التي تنص على عبارة " ايضا " ونص المادة 5/31 التي تشترط اثبات الحوالة في عقد رسمي .

ولذلك فبجانب اقتراحنا الاول على المشرع الغاء نص الفقرة 5 فاننا نقترح الغاء عبارة " ايضا " في الفقرة الثانية من المادة 31 تجاري .

ذلك لان المناخ الطبيعي والملائم لرهن السندات الاذنية هو التظهير وحده وبالتالي فلا حاجة لنا لهذه العبارة التي لا تثير الا الغموض والابهام .

وبهذا انتهي من موضوع رهن السندات الاسمية والاذنية فننتقل الى الباب الثالث من هذا القسم الذي نتناول فيه الاحكام الخاصة بالتنفيذ على الرهون عند عدم الوفاء .

./.

الباب الثالث

التنفيذ على المرهون عند عدم الوفاء

تختلف اجراءات التنفيذ على الرهن عند عدم الوفاء في بعض الاحكام باختلاف ما اذا كان الرهن مدنيا ام تجاريا، وسنوالي شرح هذه الاجراءات فيما ياتي =

الفصل الاول

التنفيذ على الرهن المدني

تمهيد =

قد يحدث ان يحل اجل الدين ويعجز او يتقاعس او يرفض المدين الراهن الوفاء به، فيكون امام الدائن المرتهن وسيلتين (على الاختيار) لاستيفاء حقه =

اما ان يبيع الشيء المرهون بالمزاد العلني او بالبيع الودي بسعره في البورصة او في السوق ان كان الشيء ورقا ماليا او سلعا (1) (م 975 مدني)

واما ان يتملك الشيء المرهون مقابل الدين الذى على المدين بعد تقييمه من طرف خبير.

ففي الامرين يجب ان يحصل على اذن المحكمة بذلك. وتسمى الوسيلة الاولى البيع الجبرى للمرهون وتسمى الوسيلة الثانية طلب من المحكمة الامر بتمليك الشيء المرهون. ذلك ما سنراه في المبحثين الاتيين =

(1) تناغو ـ المرجع السابق ـ ص398.

./.

- المبحث الاول = البيع الجبرى .
- المبحث الثاني = طلب تمليك المرهون .

المبحث الاول = البيع الجبرى .

تنص المادة 1/973 مدني على ما يلي " يجوز للدائن المرتهن اذا لم يستوف حقه ان يطلب من القاضي الترخيص له في بيع الشيء المرهون بالمزاد العلني او بسعره في السوق " .

ويستفاد من هذا النص ان التنفيذ على المال المرهون بالبيع يستلزم توافر الشروط الاتية =

المطلب الاول = يشترط ان يطلب المرتهن الاذن من القاضي بان يرخص له بالبيع .

وهذا الاجراء لازم في الرهون المدنية وان كان بيد المرتهن سندا تنفيذيا (1) (ويعفي من هذا الاذن الرهن التجارى كما سنرى (2)) فهو من النظام العام تقرر لمصلحة المدين الراهن ، مخافة من ان يباع الشيء بثمن اقل من قيمته اضرارا بالمدين .

وعلى ذلك فشرط البيع بدون اتباع هذا الاجراء الذى قد يدرجه المرتهن أن ابرام العقد او بعقد لاحق قبل حلول اجل الدين ، يكون باطلا ، وقد يبطل العقد ذاته أن كان هذا الشرط اساسي فيه ذلك بحكم نص

---

(1) - Paul Dupont DE-LES TRAINT, droit civil, suretes, privilège et Hypothèque, 5è ed.1977.Paris.P.12.
- Les MAZEAUD.P.85.n° 77

المرجع السابق ،

(2) - MAZEAUD.P.85.n° 77. نفس المرجع .

./.

المادة 960 مدني التي تحيلنا الى نص المادة 903 مدني، وسنعود اليها فيما بعد (1) .

وهكذا فقد حقق المشرع بهذا النص الحماية للمدين، حيث قيد حرية الدائن المرتهن (الطرف القوى في العقد) في استعمال حقه في التنفيذ على الرهن كيفما شاء، يفرض عليه الرقابة القضائية تثبت في المناسبة التي يجرى فيها البيع بالحصول على اذن منها .

المطلب الثاني = يشترط ان يجرى البيع بالمزاد العلني او بسعر التقويم الرسمي في البورصة (2).

ان كان من المنقولات الخاضعة لهذا التنظيم او بثمن المثل في السوق(3) ذلك ما سماه الفقه بالبيع الودى (4)، وهذا الاجراء فرضه المشرع ايضا على المرتهن حتى لا يباع الشيء اينما شاء .

هكذا كفل المشرع حماية المدين بادراج هذه القاعدة التي تضمن له بيع المنقول بثمن معقول، كما ان المشرع قد اعفى الدائن المرتهن من اتباع الاجراءات المرسومة في قانون الاجراءات المدنية ،

---

(1) ان نص المادة 903 مدني يتناول موضوع تملك او بيع المنقول دون اجراءات عند عدم الوفاء بالدين

(2) يلاحظ ان نص المادة 973 مدني التي تشترط اجراء البيع بالمزاد العلني او بسعره في السوق قد اقتبست من نص المادة 1121 مدني مصرى، وهذا التشريع ينص على اجراء اخر وهو سوق البورصة، ولما نقل النص الى التشريع المدني الجزائري حذف عبارة البورصة وفي نظرنا ان عبارة النص الجزائرى اصح لان عبارة السوق اعم بحيث تكفي بأن تشمل سوق البورصة .

(3) شمس الدين الوكيل — ص 536 — المرجع السابق .

(4) تناغو — ص 398 المرجع السابق — الدكتور محمد حسنين، طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية — ص 85، ط 1982 .

./.

لاجراء البيوع الجبرية (1) فسمح له بان يبيع الشيء المرهون دون الحجز عليه مسبقا • لان هذا الاجراء يهدف منه وضع الشيء تحت يد القاضي حتى لا يتم تهريبه او تخزينه ،ريثما يحصل الحاجز على وسيلة التنفيذ عليه ،وهذا الهدف قد تحقق سلفا ،طالما ان الحيازة قد سلمت للمرتهن ،لكن بما ان عقد الرهن عندنا عقد رضائي لا يقتضي تسليم الحيازة ،فقد يحدث ان يقوم عقد الرهن دون انتقال الحيازة ففي هذه الحالة ليس للمرتهن التنفيذ على المرهون الا باستيفاء اجراءات التنفيذ المرسومة في قانون الاجراءات المدنية (م 330 و 369 وما بعدها) •

واعفاء الدائن المرتهن من اجراء الحجز المسبق يكون مفيدا له لانه ينفذ على المرهون بسرعة فائقة ويكون مفيدا ايضا للمدين حيث لا يكلفه التنفيذ نفقات باهظة اذ ان هذه الوسيلة تكون باقل كلفة ونفقة •

هذا ويمارس المرتهن حقه في التنفيذ باعتباره دائنا مرتهنا ،كما سبق الذكر (2) على الشيء المرهون ،فان لم يكف هذا المال المرهون ينفذ على جميع اموال المدين الغير مرهونة له باعتباره دائنا عاديا ، على الا يتعسف في استعمال هذا الحق ،فعليه ان يبدأ التنفيذ على المرهون اولا فان تبقى شيء من دينه لم يستوفيه فينفذ على المال الغير مرهون •

---

(1) استاذنا محمد حسنين ـ طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية ، 1982 ، ديوان المطبوعات الجامعية ، الجزائر ـ ص 80 وما بعدها •
وخاصة ص 85 ـ تناغو ـ ص 398 في المراجع السابقة
- MAZEAUD.D.P.84, n°77
- MARTY- RAYNAUD.P.57.n°96.

(2) السنهوري ـ ج 10 فقرة 173 ـ ص 416 وما بعدها و ص 835 فقرة 580 •
- Civ.3.02.1937.D.H.1937.165.
اشار الى الحكم الاستاذ HEMARD المرجع السابق ـ ص 504 •

•/•

كما ينبغي ان يتجزأ التنفيذ على المال يفي بالدين ولا يزيد عليه كثيرا (1) ولا يمنع من ان يكون المرتهن ذاته من المزايدين طالما انه يمارس البيع لصالحه باعتباره اصيلا عن نفسه لا وسيطا او وكيلا عن الراهن (2) .

ويشترط استصدار الاحكام اللازمة للتنفيذ لانه كدائن مرتهن حيازة قد لا يكون مزودا بورقة رسمية (3) فان كان الراهن كفيلا عينيا فلا يجوز للمرتهن التنفيذ الا على العين المرهونة كما ليس للكفيل الدفع بالتجريد (م 901) (4) الا اذا اتفق على ذلك بينه وبين الراهن والدائن المرتهن لكن يجوز لهذا الكفيل ان يتمسك بماله من دفوع قبل الدائن المرتهن الذي تعاقد معه ، كما يجوز له ان يستفيد باستعمال الدفوع التي حقت للمدين قبل الدائن المرتهن ، حتى وان كان المدين قد سبق ان تنازل عنها ، او عارض في التمسك بها ، ذلك استنادا الى القواعد العامة (5) .

فان كان موضوع الرهن مبلغا من النقود ، فيتم التنفيذ عليها باجراء

---

(1) السنهوري - ج 10 - ص 835 - فقرة 580 المرجع السابق .

(2) MAZEAUD.P.85.n°77.

سليمان مرقس - فقرة 72 - ص 136 اشار اليه الاستاذ السنهوري - ج 10 - ص 423 حاشية رقم 2 .

(3) السنهوري - ج 10 - ص 835 - فقرة 580 ونص المادة 320 من قانون الاجراءات المدنية - محمد الحسنين - طرق التنفيذ - ص 42 - وبهذا المعنى MARTY et RAYNAUD, n° 95.

- اكثم امين الخولي ، العقود التجارية - المرجع السابق - ص 429 فقرة 363 .

(4) هذه المادة وردت في الرهن الرسمي لكن تطبق على الرهن الحيازي بحكم الاحالة التي وردت بنص المادة 960 مدني اليها .

(5) السنهوري - ج 10 - ص 836 فقرة 581 .

./.

المقاصة عند توافر شروطها (1) بين الدين المضمون بالرهن والمبلغ المرهون ،فان كان المبلغ المرهون اقل من الدين المضمون ظل المرتهن دائنا بالباقي ،واذا كان العكس ان المبلغ المرهون ازيد من الدين المضمون اصبح مدينا لمدينه بالزيادة طبقا للقواعد العامة (2) .

فان كان محل الرهن دينا في ذمة الغير غير ثابتا في سند قابل للتداول ،فطريقة التنفيذ تكون اما بالحصول على اذن تمليك للدين المرهون، او تمليك المبالغ الناتجة من تنفيذها .

اما البيع فلا يكون الا بحكم قضائي (ما لم يكن الرهن تجاريا (3) وان بيع الشيء فيكون للمرتهن حق الافضلية على ثمن المبيع والتقدم على الدائن التالي له في المرتبة ،فان كان الشيء المرهون قد وقع عليه عدة رهون لدائنين متعددين (وهو ممكن جدا) وان حيز الشيء بواسطة العدل ،ففي هذه الحالة يتم توزيع الثمن لمن انتقلت اليه الحيازة اولا بواسطة العدل الذي حاز الشيء لصالحه بشرط ان يكون حقه مدونا في ورقة مكتوبة ثابتة التاريخ (4) ويستثنى من ذلك البيع الواقع بطلب من السنديك (م 293 تجاري) او بطلب من الدائنين الاخرين عاديين ام ممتازين (كما راينا) (5).

---

(1) المرجع السابق n° 504 J.Hemard.P.265.

(2) ENCYCLOPEDIE.Dalloz.T.II.P.858, n° 129.
تناغو – ص399 – فقرة 145 المرجع السابق .

(3) المرجع السابق Marty et RAYNAUD , n° 96.

(4) السنهوري – ج 10 – ص849 – فقرة 593 .

(5) MARTY et RAYNAUD.P.58.n° 97.
وما سبق في البحث ... بشان حق الحبس الذي يترتب للدائن المرتهن من عقد الرهن .

./.

المبحث الثاني = طلب تمليك الشيء المرهـــون ·

ان حـق المرتهـن فـي طلـب امتلاك الشـيء المرهـون قـد تقـرر بنـص المـادة 973/2 مدني ،ممـا يفيـد بـان لـه حـق اختيـار احـدى الوسيلتين ـ البيع الجبـري او طلب التمليـك · وقـد تقـرر هـذا الحـق لصالـح الدائـن المرتهـن وحـده وفـي ذلـك يقـول الاستاذة مازو (1) بان تـدخـل المحكمـة لا ينصـب الا على المراقبـة في حسن استعمـال هذا الاختيار دون غيره من الاجراءات الاخـرى ·

المطلب الاول = شروط تملك المرهـون ·

فيشترط ان تامر بهذا التمليك المحكمة مقابل الدين الذى على المديـن الراهـن وان يقيم الشيء من طرف خبيـر مختص(م 973/2 مدني) وان لا يتعسف في استعمـال هذه الوسيلة (2) ·

---

(1) المرجع السابق MAZEAUD.P.85.n°77.

(2) غير انه يلاحظ انه وان كـان حق الاختيار قد منحه القانون للدائن المرتهن فانـه لا ينبغي ان يتعسف في استعماله حيث قضى القضاء الفرنسي بان الدائن المرتهـن الذى اختار طريقة طلب التمليك ،فاذنت له المحكمة بذلك بقرار نهائي ،فلا يجـوز له ان يرجع عن اختياره بان يطلب القاضي مرة ثانية بان ياذن له ببيع الشيء بالمزاد العلني · وعليه فان اختيار المرتهن هذه الوسيلة للحصول على حقه وقررت بذلـك المحكمة نهائيا فما عليه الا الخضوع الى التقييم الذى قدره الخبير · واعتبر القضـاء الفرنسي هذا الاجراء من النظام العام لا يجوز الاتفاق على مخالفته ·
ونظرا لاهمية الحكم نقتبس منه ما يلي =

-Aux terme de l'article 2078 du C.Civil(تقابلها نص المادة 973م ج)
il resulte des ces dispcsitions que le créancier qui a choisi de se faire attribuer la proprieté des biens données en gage par une décision devenue definitive, ne peut plus demander la vente aux enchères, mais doit se sommettre à l'estimation faite par experts les formalités prescrites par le texte étant d'ordre public.
- Lyon .P.CH.16.10.1980.J.C.P.1980,n°48 - IV.P.376- Gage

./.

غيـر انـه يـلاحـظ ما يلـي =

1 ـ ان تقـيم الخبيـر قد يكـون غيـر ضـروري بالنسبة للقـيم المنقولة المتيدة فـي سـوق البـورصـة (1) .

2 ـ ان التقـيم الـذى ينتهـي اليـه الخبيـر ليس ملزمـا للقاضـي اذ يمكـن مخالفتـه ، ويشتـرط القضـاء الفرنسـي فـي ذلـك ان تكـون لدى هـذا القاضـي عناصـر كافيـة لاجـراء التقديـر او تحـديـد قيمـة الشـي المرهـون (2) .

3 ـ لا يشتـرط فـي طلـب التمليك الحصـول عـلى رضـا المديـن الراهـن اذ ان اذن المحكمـة الـذى يجـب ان يصحبـه تقـويـم نقـدى للمنقـول باستعانـة خبيـر مختـص يقـوم مقـام رضا الراهـن (3) .

4 ـ لا يشتـرط ان يكـون الشـيء المرهـون ماديـا . بـل حتـى وان كـان المرهـون دينـا فـي ذمـة الغيـر يجـب استئذان القاضـي ببيعـه او بتمليكـه له .

وهنا فالقاضي هو الذى يبين طريقـة اجـراء البيع او التمليك (4) .

---

(1) راجع مازو المرجع السابق
- MAZEAUD.P.85.n°77
- JUGLART et IPPOLITO, traité droit commerçial.T.IV 1974.n° 1742.

السنهوری ج 10 ـ ص 901 فقرة 647 المرجع السابق .

شمس الدين الوكيل ـ ص 535 فقرة 195 المرجع السابق .

(2)
- Lyon 1è ch.12.10.1980.(Banque Vve Morin-Pons c.Sapin et autres)J.C.P.1980,n°48. IV.P.376- GAGE.

هذا الحكم يقضي بما يلي =

" Les prescription de l'article 2078 (2/973 مدني جزائري) C.Civ. ne fait pas obstacle à ce que les juges retiennent une estimation different à près expertise, s'ils prossedent des elements d'appriciation suffisants"

(3) السنهوری ج 10 ـ ص 901 ص 647 ، شمس الدين الوكيل ص 537 ، وبهذا المعنى يقول الاستاذ تناغو ص 399 ما نصه " واذن القاضي يقوم مقام الاتفاق في رهـن المنقول وهو يؤدى الى نوع من الوفاء بمقابل ، ولكنه وفاء بمقابل غير اتفاقي " .
- ENCYCLOPEDIE DALLOZ.T.III.P.858,n°128.

(4) ايضا = شمس الدين الوكيل ـ ص 560 .
- MARTY et RAYNAUD.P.57 n° 96. . /.

<u>المطلب الثاني</u> - كيف يستوفي الدين المرهون الذى حل اجله قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن؟

انه قد يحدث ان يحل اجل الدين المرهون قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن فيثار مشكل استيفاء هذا الدين ،فلا يجوز للمدين بالالتزام المرهون ان يفي بالدين الى دائنه الذى هو الراهن ،بعد الابلاغ الذى حصل له من قبل الدائن المرتهن طبقا لنص المادة 975 مدني ٠

كما لا يجوز للمدين الملتزم بالدين المرهون الذى حل اجله ان يفي بين يدى الدائن المرتهن (الذى هو دائن دائنه) لان هذا الوفاء للدائن المرتهن يؤدى بهذا الاخير الى امتلاك المرهون قبل حلول اجل الدين المضمون بالرهن،لذلك عولج المشكل في القانون الجزائرى بنص المادة 980 مدني التي تلزم المدين بالدين المرهون ان يفي بين يدى المرتهن والراهن معا ويجوز ان يطلب المرتهن او الراهن من المدين بهذا الدين بان يضع المبلغ تحت الايداع حتى يحل اجل الدين المضمون بالرهن ٠

ولما ان المشرع قد رفض انتقال حق المرتهن الى هذا المبلغ بصفة تلقائية على اساس فكرة الحلول العيني ٠ فقد الزم الراهن بان يجرى على المبلغ رهنا جديدا لصالح المرتهن (م 2/980 مدني) ٠

والواقع ان هذه القاعدة لا نجد لها مبررا في تشريعنا فهي مضرة بالنسبة للدائن المرتهن اذ ان ايداع المبلغ قد يتعرض الى نقص القيمة باستمرار،نتيجة للتضخم المتزايد يوم فيوم ،ويترجى الحصول على حقه من الدين بدون زيادة ترجى من الدين الاصلي المضمون بالرهن في ظل تشريع كتشريعنا الذى يحرم الفوائد بين الافراد ٠

٠/٠

وهي ليست مفيدة بالنسبة للمدين الذي لا يجوز له الانتفاع بالمبلغ الى ان يحل اجل الدين المضمون به فمن الاحسن له ان يفي به الدين الذي عليه ولو قبل حلول اجل هذا الدين الاخير.

ويا حبذا لو اخذ مشرعنا بما اخذ به المشرع الالماني في هذا المجال حيث يبيح للمدين الملتزم بالدين المرهون ان يفي مباشرة بين يدي الدائن المرتهن (1).

(1) يقول الاستاذ - J.GUYNOT.R.T.Dr.com.1961.P.291.

حاشية رقم 2 ما يلي " Le B.G.B. Admet au contraire dans l'article 1283 le paiement fait au créancier gagiste"

./.

الفصـــل الثانـــي

التنفيـــذ عـــلى الرهـــن التجـــاري

تمهيـد =

يتـمـيز الرهــن التجاري بقـواعـد تنفيـذ خاصـة بـه ٠

اذ فبينمـا يقتضـي التنفيـــذ عـلى رهـن المنقـول المدنـي استصدار المرتهن الاحكـام الـلازمـة للتنفيـــذ، متـى كـان ليسر لديـه سنـدا تنفيـذيـا، والحصــول عـلى اذن القاضــي الــذي يرخـص لـه باجـراء البيـع بالمـزاد العلني او بسعـره فــي البـورصـة او فــي الســوق ولوكـان بيـد المرتهـن سند تنفيذي (1) ٠

فان قواعـد اجـراء البيـــع الجبـري فـي الرهـن التجـاري اكثـر تبسيطـــا ممـا هـوعليـه الرهـن المدني (2) ٠ ويلاحـظ ان القانـون التجـاري لم ينـص عـلى النحـو الـذي نـص عليـه القانـون المدنـي (م 2/973) فـي جـواز طلـب الدائـن المرتهـن مـن القاضـي تمليـك لـه الشـي٠ المرهـون عنـد حلـول اجـل الديـن وعـدم الوفـاء بـه، فيثـار التسـاؤل عمـا اذا كـان للدائـن المرتهـن بـالرهـن التجـاري نفـس المكنـة التـي منحهـا القانـون المدني ؟ ذلك ما سنراه فيما بعد كمـا يـلاحـظ ان الامتيـاز الذي منـح للدائـن المرتهـن بنص المادة 3/293 تجـاري اوسـع نطاقـا مـن الامتيـاز الذي منـح لـه بمقتضـى نص المادة 948 مدني ٠

وسنوالي شرح هذه المواضيع من خلال المباحث التالية =

- المبحث الاول = البيع الجبري في الرهن التجاري ٠
- المبحث الثاني = طلب تمليك الشي٠ المرهون من القضاء ٠

---

(1) ما سبق ص254 وما بعدها ٠

(2) الدكتورعلي حسن يونس، العقود التجارية، دار الفكر العربي ص76 فقرة 69 ٠
الدكتور اكثم امين الخولي، المرجع السابق ، ص429 فقرة 363 ٠

٠/٠

المبحث الاول = البيع الجبري .

تمهيد =

تنص المادة 33 تجاري على ما يلي " اذا لم يتم الدفع في الاستحقاق جاز للدائن خلال خمسة عشر يوما من تاريخ تبليغ عاد حاصل للمدين او الكفيل العيني من الغير اذا كان له ان يشرع في البيع العلني للاشياء المرهونة .

ويجوز لرئيس المحكمة بناء على طلب الاطراف ان يعين عونا للدولة مختصا للقيام بهذا العمل .

يستفاد من هذا النص ان البيع الجبري في الرهن التجاري ينفرد باحكام خاصة به .

اذ بجانب التسهيلات التي ادخلها المشرع على التنفيذ على رهن المنقول عامة من حيث انه قد اعفى الدائن المرتهن من اجراء الحجز المسبق قبل التنفيذ ،فقد زاد في تبسيط قواعد التنفيذ على الرهن التجاري . فلم يشترط ما اشترطه في التنفيذ على الرهن المدني من وجوب الحصول على اذن المحكمة (1) .

ان كل ما تشترطه نص المادة 33 تجاري هو اجراء ابلاغ المدين او الكفيل العيني ان وجد ,انتظار 15 يوما كاملة بعد الابلاغ،واخيرا اجراء البيع بالمزاد العلني او بما يقوم مقامه كما سنرى (2) في المطالب الاتية =

---

(1) Repertoire ENCYCLOPEDIQUE, droit Français.T.9.n° 76

(2) المادة 372 اجراءات مدنية تنص على ما يلي " تجرى المزايدات في اقرب سوق عمومي او في مكان اخر يكون من شانه الحصول على احسن النتائج ...."

./.

المطلب الاول = يجب على الدائن ان يبلغ المدين او الكفيل العيني •

الاصل ان الابلاغ في القانون التجاري يتم بأشكال مختلفة مبسطة غير الاشكال المفروضة في القانون المدني الذي يستلزم اجراؤه في الاشكال المقررة في قانون الاجراءات المدنية • اذ ان الابلاغ في القانون التجاري يتم بمجرد اعراب الدائن عن ارادته لاستيفاء حقه، سواء تم هذا الاعراب في شكل رسمي عن طريق المحضر ام كان بمجرد رسالة عادية او برقية • وقاضي الموضوع هو الذي يقدر مدى كفاية هذه الوسيلة لاعتبار الابلاغ صحيحا (1) •

وخروجا عن هذه القاعدة العرفية (في القانون التجاري) ربط المشرع التنفيذ على الرهن التجاري باتمام الابلاغ في اشكال الذي نص عليه قانون الاجراءات المدنية (2) وعلى عكس بعض الفقهاء المصريين (3) يرى الفقه الفرنسي بان الابلاغ الذي يتم بمجرد رسالة مسجلة لا يكفي لاعتبار الابلاغ صحيحا (4) وبالرغم من هذا الاختلاف الفقهي في الوسيلة التي يتم بها الابلاغ فانه يجب ان يوجه هذا الابلاغ الى المدين الراهن او للكفيل العيني ان وجد ، ولو كيل التقلسة في حالة التصفية القضائية • وان كان التزام المدين مضمونا بكفالة او كان الشيء المرهون يتمثل في ورقة تجارية مضمونة فيجب اجراء الابلاغ لهذا الكفيل

---

(1) - Cass.Req.28.10.1903.S.1908.1.422.
- Hemard.P.11.n° 23. اشار الى الحكم الاستاذ = في المرجع السابق •

(2) نفس المرجع - Hemard.P.260, n° 497.
- Jean Foyer, Encyclopedie, Dalloz commerçial.T.III, Gage n° 38.

(3) علي حسن يونس ، المرجع السابق _ ص 77 _ فقرة 69 •

(4) حيث يقول - Hemard.P.260,n°497," une simple lettre récommandée ne suferait pas" - Michel Cabrillac, J. Classeur commerçial Art 91 à 93, Faxicul .A.n°71.
- Jean Guyenot, R.T.D.Commer.1961.P.293.n°24.

•/•

والضامن (1) au Donneur d'aval ما لم يكن الضامن هو مديرا او رئيسا على الشركة المدينة التي حصل لها الابلاغ(2) • غير ان عدم اتمام هذا الاجراء بالنسبة للكفيل او الضامن الاحتياطي للورقة التجارية لا يؤثر على صحة الابلاغ انما يمكن للكفيل او الضامن ان يدفع تجاه الدائن بما تقرر له من حقوق بنص المادة 656 مدني (3) •

<u>المطلب الثاني</u> = يجب ان يباشر الدائن المرتهن التنفيذ على المرهون بعد مرور 15 يوما كاملة من تاريخ حصول الابلاغ(4) وفترة 15 يوما هي فترة انتظار وليس فترة تنفيذ • غير انه يمكن تمديد هذه الفترة بمدة اطول باتفاق الاطراف(5) •

ويثار السؤال عما اذا كان يمكن للمدين الراهن ان يوقف التنفيذ على الرهن التجاري ،بالحصول على المهلة القضائية؟ وبالتالي يؤجل التنفيذ الى مدة اطول ،لان نص المادة 2/281 مدني (التي تقرر للمدين حق الحصول على المهلة القضائية) قد جاء بنص عام فلم يستثني الديون التجارية بل وحتى القانون التجاري لم يحرم على القاضي اعطاء هذه

---

(2) _ CABRILLAC, J.Class.Commer.F.A.n° 73.
حيث يقول "Lorsque l'engagement du debiteur à été contionné ou avalisé, une signification doit également être adressé a la caution ou à l'avaliseur".

(2) اشار الى الحكم الاستاذ -Com.6 mars 1968.Bull.Civ.IV.n° 99.
- J.Foyer.Encyclopedie - Dalloz commer-
-çial. T.III - Gage. n° 39.

(3) تنص المادة 656 مدني على ما يلي = تبرأ ذمة الكفيل بالقدر الذى اضاعه الدائن بخطئه من الضمانات• •• " يقابل هذا النص في القانون الفرنسي المادة 2037 مدني وقد صدرت عدة احكام لتفسير هذه المادة ،راجع في ذلك تعليقات التي وردت على هذه المادة في التقنين المدني الفرنسي • وراجع الاستاذ كاربيلاك ،المرجع السابق رقم 73 الذى يقول " l'absence d'une telle signification n'a pas d'incidence sur la validité de la procedure de signification elle permet simplement a la caution ou au donneur d'aval de se prévaloir du bénifie de cession d'actions,qui le decharge de leurs engagement(C.Civ.art.2037).
ايضا الاستاذ Foyer انسيكلوبيدى ،دالوز ج٣ رقم 39

•/•

المهلـــة الا فيمـا يتعلـق بالوفـاء بالاوراق التجـاريـة (م 428 تجـارى) الامـر الذى اثـار خـلافـا بيـن الفقهـاء ••

فالبعـض منهـم يـرى بان للقاضـي حـق منـح هـذه المهلـة حتى وان تعلـق الامـر بالديـون التجـاريـة بحجـة ان النـص الوارد فـي القانـون المدنـي فـي نـص المـادة 1244 مدني فرنسـي الذى يقابلـه نص المادة 2/281 مدني جـزائرى هو نـص عـام (5) غيـر ان غالبيـة الفقـه (7) والقضاء (8) يرون بانـه لا يمكـن تمديـد هذه الفتـرة (15 يوما) ولا يجـوز للقاضـي ان يمنـح للمديـن مهلـة قضائيـة او الاستشكـال فـــي التنفيـــذ ولقـد تأكـد موقف القضاء الفرنسـي بصدور حكم محكمة النقض في السنـوات الاخيـرة مضمونـه ما يلي " ان ما تسمـح بـه نـص المادة 93 تجارى (التي تقابلها نـص

---

(4) الذى يقول " - Hemard, n° 497 " qui est un délai franc"

(5) - J.Foyer- Encyclopédie- Dalloz.T.III,n° 41.

وكذلك تنص المادة 371 اجراءات مدنية على حالتين يمدد فيها ميعاد اجراء البيع بالمزاد وهي " حالـة وقوع الاتفاق بيـن الدائن والمدين على تحديـد ميعـــاد اخر وحالة ما اذا كان تعديل الميعاد فرضته الضرورة كمنع خطر انخفاض كبيـر فـــي ثمن البيع • • • "

(6) - Jean Guenot. La constitution et la réalisation du gage des valeurs mobiliers.R.T.D.commer.1961.P.295,n°35.

حيث يقول ما يلي = " Ce pendant, le beneficiede ces simplifications n'est jamais certain puisque le créancier gagiste peut se voir refuser la réalisation du gage si le débiteur obtenir un délai de grâce"

(7) على حسن يونس في المرجع السابق ـ ص 73 فقرة 69 وفوايى Foyer انسيكلوبيدى داللوز بند 42 ـ هيمارد Hemard بند 497 المرجع السابق •

(8) - Paris. 10 juin 1971.Rev.tren,Dr.commer. P.448.n° 16 Ob.Hemard.Trib, com seine 27.7.1956 et Trib Civ.seine 1.4.54.J.C.P.1956.II.9567 note chassignon, R.T.D.Com 1957.P.169.n°20.Ob.Hemard.

./.

المادة 33 تجاري جزائري) من ان للدائن المرتهن حق بيع الشيء المرهون عند عدم الوفاء بعد ثمانية ايام من الابلاغ(15 يوما عندنا) لا يتعطل هذا الحق الذى منحه القانون للمرتهن باعمال المادة 1244 مدني (التي تقابلها نص المادة 2/281 مدني جزائري) الخاصة بالمهلة القضائية (1) •

غير ان الامر يختلف عندما يثار النزاع حول تكييف الطبيعة القانونية للرهن ،حيث ان المدين الذى يدعي بأن الدين المضمون بالرهن ذا صفة مدنية ،وبالتبعية يكون الرهن مدنيا ،قد يوقف التنفيذ على الرهن حتى يفصل في النزاع،لان التنفيذ على الرهن المدني كما راينا يستوجب الحصول على رخصة من المحكمة لاجراء البيع •

ولذلك كثيرا ما يتجنب المرتهن هذه العرقلة الفجائية التي تعطل حقه في التنفيذ على المرهون باجراءات مبسطة ،فيشترط في العقد ذاته على انه يجوز بيع المرهون عند عدم الوفاء مباشرة بعد اتمام اجراءات الابلاغ (15 يوما) •

لكن يقول الفقه والقضاء ان مثل هذا الشرط قد لا يجدى ولا يعتد به متى كيف الرهن على انه رهن مدني آن التنفيذ عليه ،لان الاجراءات المنصوص عليها في المادة 903 مدني التي تحرم مثل هذا الاشتراط من النظام العام لا يجوز استبعاد تطبيقها باتفاقات الافراد (2) •

---

(1) Cass.Com.10.10.1979.J.C.P.1980.n°8.Bull.Cass.IV.P.82.GAGE.

(2) - J.GUYENOT.R.T.D.Com.1961.P.294.n°35.
- DERRUPPE,(etude Hamel)P.541.n°35 وايضا المرجع السابق •

../.

هذا واذا كان التنفيذ على الرهن المدني كما راينا ، يقتضي ان يكون بين يدى المرتهن سندا تنفيذيا يتمثل في حكم او امر اداء او عقد رسمي مشتملة على الصيغة التنفيذية (1) فان التنفيذ على الرهن التجارى كان مثار خلاف بين الفقهاء ، حيث يرى البعض بان التنفيذ على الرهن التجارى يتم بدون سند تنفيذى (2) .

ويرى البعض الاخر بنظام وسط ، من انه لا يجب تطبيق قواعد التنفيذ في الرهن المدني التي تستلزم من الدائن المرتهن استصدار حكم بالدين على المدين الراهن اذا لم يكن لديه سند تنفيذى ثم التنفيذ بمقتضى هذا الحكم من جهة ، كما لا يجوز للمرتهن التنفيذ على الرهن بالبيع دون اى سند تنفيذى ودون تدخل من القضاء من جهة اخرى .

---

(1) ما سبق من هذا البحث ، وراجع الاستاذ محمد حسنين ، طرق التنفيذ المرجع السابق - ص 39 ، الذى يبين سبب التنفيذ بمعنيه الشكلي والموضوعي ويقول في ص 42 ما يلي " فشروط اداة التنفيذ هي ان تكون حكما او امر اداء او عقد رسمي مشتملا على الصيغة التنفيذية في جميع الاحوال فيما عدا بعض احوال الاستعجال للضرورة القصوى الذى يجوز فيها التنفيذ بغير صورة تنفيذية " .

(2) محسن شفيق - فقرة 64 ، اشار اليه الاستاذ اكثم امين الخولي ص 430 - حاشية رقم 1 - المرجع السابق .

- Foyer-Ecyclopedie Dalloz,n°42 " Le gage commerçial ne s'opère point en vertu d'un titre exécutoire" اذ يقول

- Paul Dupont DE LES TRAINT, droit civil.P.12 المرجع السابق
- MAZEAUD.P.85.n°77.
- CABRILLAC.J.C.C.F.A. n° 71. المرجع السابق

./.

بل يجب اجراء التنفيذ بمقتضى سند تنفيذى والمتمثل في الامر على العريضة التي يصدرها القاضي • وهو السند التنفيذى مبسط ويسير اذا قورن بالحكم الصادر بالدعوى (1) •

والواقع انه وان كان لهذا الراى الاخير ما يبرره في القانون التجارى المصرى بوجود نص المادة 78 تجارى (2) فان هذا الراى لا يمكن العمل به في القانون التجارى الجزائرى ،ذلك لان نص الفقرة الاولى من المادة 33 تجارى قد اقتبست حرفيا من نص المادة 1/93 تجارى فرنسي • لم يخالفها مشرعنا الا من حيث تحديد فترة الانتظار (وهي 15 يوما عندنا بدلا من 18 ايام في فرنسا) ولما ان المشرع الجزائرى لم يشر الى هذا الاجراء (السند التنفيذى واذن المحكمة) مع وجود النص المصرى آن ذاك ،انه لدليل على انه قد اختار الطريقة المبسطة التي تبناها التشريع الفرنسي الذى يعفي الدائن المرتهن من الحصول على اذن المحكمة للتنفيذ على المرهون بالبيع •

غير ان مشرعنا لم ياخذ بكل الحلول والاجراءات التي نص عليها القانون التجارى الفرنسي بنص المادة 93 ،كما سنرى في اجراء البيع بالمزاد العلني •

---

(1) اكثم امين الخولي – المرجع السابق – ص 429 بند 364 •
على حسن يونس – بند 69 – ص 78 المرجع السابق •

(2) تنص المادة 78 تجارى مصرى على ما يلي " اذا حل ميعاد دفع الدين ولم يوفيه المدين جاز للدائن بعد ثلاثة ايام من تاريخ التنفيذ على مدينه بالوفاء خلاف مواعيد المسافة ان يقدم عريضة للقاضي المعين للامور المؤقتة في المحكمة الكائن محله في دائرتها ليتحصل منه على الاذن ببيع جميع الاشياء المرهونة او بعضها بالمزايدة العمومية على يد سمسار يعين القاضي لذلك في الاذن المذكور ،ويكون البيع في المحل والساعة الذين يعينهما القاضي المذكور وله ان يامر بلصق اعلانات ودرجها في الجرائد اذا اقتضى الحال ذلك " •

./.

المطلب الثالث = يجب اجراء البيع بالزاد العلني ٠

كما في الرهن المدني ،ان التنفيذ على الرهن التجاري بالبيع يقتضي اجراؤه بالمزاد العلني ،وقد سبق ان اشرنا الى الحكمة التي تقرر بمقتضاها هذا الشرط فلن نعود اليها تجنبا للتكرار (1) ٠

غير اننا تريد ان نلاحظ هنا ان نص المادة 33 تجاري التي اشترطت اجراء البيع بالمزاد العلني تنفرد بالمميزات الاتية =

1 ـ انها لم تشترط الحصول على اذن المحكمة كما اشترط ذلك المشرع المدني بنص المادة 1/973 مدني (2) ٠

وعلى ذلك فان المرتهن يكون حرا في تحديد المناسبة للتنفيذ على حقه دون الرجوع الى المحكمة ؛

2 ـ ان نص المادة 33 تجاري لم يشترط اجراء البيع بالمزاد على يد القائم بالتنفيذ الذي نص عليه في المادة 329 من قانون الاجراءات المدنية (3) ٠ ذلك على الرغم من ان نص المادة 33 تجاري قد اقتبست احكامها من نص الفقرة الاولى من المادة 93 تجاري فرنسي ٠ وهذه المادة الاخيرة قد نصت على اشخاص قد اسند لهم الاختصاص لاجراء البيع على يدهم (4) في الفقرات الثانية والثالثة منها ٠

---

(1) ما سبق ص256 من هذا البحث ٠

(2) ما سبق ص255 من هذا البحث ٠

(3) طرق التنفيذ ،محمد حسنين ـ المرجع السابق ـ ص20 و 24 و 90٠

(4) ان نص المادة 2/93 قد نصت ان الاختصاص بالبيع يسند الى البنوك والسماسرة ويمكن ان يطلب الاطراف من المحكمة بان تعين طبقة اخرى من المامورين العموميين un autre classe d'officiers public وكان القضاء الفرنسي منذ زمن بعيد يميز بين بيع الاشياء المرهونة بالجملة فيسند الاختصاص لسماسرة طبقا لما نص عليه مرسوم 1858/5/28 المادة الاولى منه وبيع الاشياء بالتجزئة فيسند الاختصاص بالبيع لما يسمى بمثمن او الدلال commissaire priseur

وراجع نقض مدني 1898/01/5 ـ 460 ـ 1 ـ 1898 ٠ DALLOZ P. ==

٠/٠

3 ـ ان نص المادة 93/2 تجاري يقضي بانه " يجوز لرئيس المحكمة بناء على طلب الاطراف ان يعين عونا للدولة مختصا للقيام بهذا العمل (1) قد اقتبسها مشرعنا من نص المادة 93/2 تجاري فرنسي لكن يختلف عنها فيما يلي :

ـ ان العون الذي تعينه المحكمة (عندنا) لا يمثل طبقة اخرى من اعوان الدولة " بعكس ما نص عليه المشرع الفرنسي الذي ينص صراحة بذلك une autre classe d'officiers publics الذي يفيد من وراء هذه العبارة على ان البيع بالمزاد يقوم به السمسار او البنك او الدلال (المثمن) او فئة اخرى من المامورين العموميين " . بل ان تدخل المحكمة عندنا في تعيين عون للدولة مختص للقيام بالبيع ما هو الا اجراء احتياطي يلجأ اليه الاطراف عند الحاجة اليه (وليس الالتجاء اليه الزامي) طالما انه قرن تعيين القائم بالتنفيذ من طرف المحكمة بطلب اطراف العقد .

وعلى ضوء هذه الملاحظات ننهي بالنتيجة الاتية :

= اشير الى الحكم في حاشية رقم 3 من نص المادة 93 تجاري فرنسي ـ مجموعة داللوز .
- RIPER et ROBLOT, traité élémentaire de droit commerçial T.II.8è ed. 1976.n° 2606.

- Hemard.n° 497. المرجع السابق
- CABRILAC.J.chasseur commerçial.Faxicul A.1981 n°76
- J.Foyer - Encyclopédie, Dalloz.T.III, n° 43 et suit

(1) ان نص المادة 2/33 تجاري قد اقتبس من نص المادة 93/2 تجاري فرنسي الذي يقضي بما يلي :

" Art.93/2. les ventes autres que celle dont les agents de échange et les courtiers en valeurs mobilières sont chargés sont faites par les courtiers, toutefois sur la requête des parties, le président du tribunal de commerce peut désigner pour y proceder une autre classe d'officiers publics".

انه لما ان المشرع لم يشترط في نص المادة 1/93 تجاري بان يجري البيع بالمزاد العلني بواسطة القائم بالتنفيذ agent d'éxécution او بواسطة عون اخر مختص، ولم يحيلنا في الموضوع الى احكام التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية . يفيد ان المشرع قد اراد ان يجعل من نص المادة 33 تجاري ، قاعدة مفسرة (على خلاف التشريع الفرنسي (1)) يجوز استبعاد احكامها باتفاق الاطراف، على شرط الا يكون هذا الاتفاق مضرا بالغير .

وموقف المشرع الجزائري هذا ينسجم من الواقع في نظرنا ، . طالما ان الضغط المتوقع على المدين الراهن قد ارتفع بحلول اجل الدين ، ذلك بتقدير المشرع نفسه في الفقرة الثانية من نص المادة 903 مدني التي سبقت الاشارة اليه ، والتي تجيز الاتفاق الذي يقضي "[illegible] بالتنازل الذي يصدر من الراهن (وفاء لدينه) عن الشيء المرهون للمرتهن عند حلول الدين او قسط منه) " فلا نرى الحكمة من تحريم البيع الودي عند ما يرتضيه المتعاقدين أن التنفيذ لزوال العلة في التحريم .

---

(1) يقول -J.Foyer- Encyclopédie, Dalloz n° 47 " la vente faite sans observer les formalités légales est nulle".

غير ان القضاء الفرنسي قد ادخل باجتهاداته بعض الحلول لعدم نجاعة اعمال قاعدة البطلان في اغلب الاحيان من جهة وتمسك الحائز حسن النية بقاعدة الحيازة من جهة اخرى ، فيتجنب بطلان البيع الذي يجري بغير الاجراءات القانونية ، ويرتب التعويض عند ما تتوافر شروطه كاثبات بان الشيء قد بيع باقل من قيمته .

كما ان القضاء الفرنسي يتجنب البطلان عند ما يستنتج من ظروف العملية بان الراهن قد وافق على اجراء البيع مباشرة دون المزاد العلني .

راجع ما سياتي في ص 275 حاشية رقم 2 .

./.

ولعل مشرعنا ،قد تأثر ببعض اراء الفقهاء الفرنسيين الذين انتقدوا فكرة ،وجوب اجراء البيع بالمزاد العلني ،وفكرة تقييم المرهون بواسطة خبير ،عند ما يختار المرتهن طريقة تمليك الشيء المرهون (1) كذلك ان محكمة النقض الفرنسية قد سبق ان قضت باعطاء سلطة تقديرية لقاضي الموضوع يكون بامكان هذا الاخير ان يغض النظر عن عدم احترام اجراء التنفيذ بالبيع بالمزاد العلني في الاحوال التي لا ينتظر فيها احترام هذا الاجراء ،فائدة للمدين (2).

هذه هي المكنة الاولى التي يستعملها المرتهن عند عدم الوفاء بالدين ،الا وهي بيع الشيء المرهون عن طريق المزاد العلني ،بقيت لنا مكنة اخرى وهي ان يطلب من المحكمة ان تملكه الشيء المرهون ذلك ما سنراه في الموضوع الاتي =

---

(1) - CABRILLAC.J.C.Commer.F.B.n°25.

حيث يقول " ان هذين الاجرائين (البيع بالمزاد العلني او تقييم الشيء بواسطة خبير) غير مفيدين اذ قد لا يحصل بالبيع بالمزاد على اية نتيجة ما لم يكن المزايد هو المرتهن نفسه من جهة وان التقييم بواسطة خبيرلا يكون ضروريا عند ما يكون المدين.... وفي هذه الحالة بامكانه ان يدافع عن مصالحه بكل حرية •

(2) وبهذا يقول الاستاذ هيمارد ــ المرجع السابق ــ ص 261 فقرة 498 استنادا الى حكم صادر عن محكمة النقض الفرنسية بتاريخ 1903/12/2 اذ يقول مايلي = Hemard" toutefois la cours suprême a jadis admis que l'orsque les juges du fait avaient constaté que les marchandises, objet du gage avaient été vendues a leurs vraie valeur et que la vente faite en respectant les formalités légales n'aurait pas donné un pri- plus élevé, il était unitile de chercher si les règles de l'article 93 C.Comm, avaient été ou non suivies".

•/•

المبحث الثاني = طلب الدائن المرتهن من المحكمة بان تامر بتمليكه الشيء المرهون •

تمهيد =

راينا في المواضيع السابقة (1) من ان القانون المدني قد اعطى للمرتهن بمقتضى نص المادة 973 مدني مكنة بان يحصل على حقه،عند حلول اجل الدين ولم يف به المدين،اما ان يختار بين التنفيذ على المرهون بالبيع • واما ان يختار طلباً من المحكمة بان تامر بتمليكه الشيء المرهون استيفاء لدينه • بالسعر الذي يقدره خبير مختص •

غير انه يلاحظ ان المشرع التجاري قد وقع فيما وقع فيه المشرع الفرنسي حيث لم ينص سهوا في نظرنا على استعمال هذه المكنة في القانون التجاري • وبما ان نص المادة 33 تجاري قد استوحي من نص المادة 93 تجاري فرنسي فان الجدال الذي ثار بين الفقه والقضاء الفرنسي حول نص المادة 93 تجاري فرنسي/قد يصدق ايضا على نص المادة 33 تجاري جزائري كما سنرى •

المطلب الاول = الجدال الفقهي الذي ثار حول حق الدائن في طلب تمليكه المرهون في الرهن التجاري •

ان جانب من الفقه والقضاء الفرنسي (2) يرى بانه لا يجوز للمرتهن تملك

---

(1) ما سبق ص 254 .

(2) اشار الى هذا الجانب من الفقه والقضاء الاساتذة=
- CABRILAC.J.C.C.1981 F.A.n°88.
- J. Foyer Encyclopédie.Dalloz.T.III.n°50.

ومن هؤلاء الفقهاء الاساتذة=
- LALCOURT et BOUTTERON.T.I.n° 874.

ومن الاحكام القضائية التي استشهدوا بها هي =
- Civ.14/3/1870.D.P.70.2.822
- TOULOUSE.27.7.1872.D.P.1873.2.230.
- Paris 8/3/1873.D.P.1874.2.70.
- Req. 20/3/1878.D.P.1879.1.69.

./.

الشيء المرهون ، ذلك على اساس ان احكام رهن المنقول المدني لا تنطبق على الرهن التجاري بمقتضى المنع الذى ورد بنص المادة 2084/ مدني (1) ، وان القانون التجاري لم ينص على هذه المكنة على النحو الذى نص عليها في القانون المدني (م 2078 مدني فرنسي) بالاضافة الى ذلك فان نص الفقرة الاخيرة من المادة 93 تجاري تمنع كل شرط يرخص فيه للدائن المرتهن بان يتملك المرهون او يتصرف فيه من غير مراعاة الاجراءات القانونية التي تحكم الموضوع (يقابلها نص المادة 3/33 تجاري جزائري) .

اما الجانب الثاني من الفقه (2) والقضاء الفرنسي (3) ومعهم الفقه العربي (4) وهو الجانب الراجح ، يرون بان للدائن المرتهن حق طلب تمليك له الشيء المرهون من طرف القضاء قياسا على الرهن المدني (م 3/973) بشرط تقدير الشيء من طرف خبير مختص بل ان القضاء الفرنسي ذهب الى ابعد الحدود اذ بينما كان يرفض للدائن

---

(1) يلاحظ ان نص المادة 2084 مدني فرنسي يقابلها نص المادة 974 مدني ، غيران النص المدني الجزائري يختلف في الصياغة عن النص الفرنسي المذكور وبالتالي يختلف الحكم في كل من القانونين . اذ فبينما تنص المادة 2084 مدني فرنسي على انه " لا تطبق على المواد التجارية Les dispositions ci-dessus ne sont applica- -bles ni qux matiers de commerce ni aux maison de prêt sur gage autorisées.etc... ."
فان نص المادة 974 مدني جزائري ينص على العكس من ذلك تماما حيث يقضي بما يلي = "تسرى الاحكام السابقة اذا لم تتعارض مع احكام القوانين التجارية ... " الامر الذى يسمح لنا ان نقول بان نص المادة 2/973 مدني جزائري يطبق على الرهن التجاري طالما ان القانون التجاري لم يحرم ذلك بنص صريح يعارض النص المدني (ذلك على خلاف القانون الفرنسي) .

(2) Hemard. n° 500 المرجع السابق Lyon-CAEN et Renant traité de droit commerçial,T.III, n°813 (cité par CARBRILAC J.C.C. FA.n°88).
Thalier et PERCEROU, traité élémentaire de droit commerçial T.I.n°1093. cité par CABRILAC.J.C.C.F.A, n°88)RIPER et ROBLOT traité élémentaire de droit commerçial.T.II. 8è ed.1976.n°2603. Riper.P.Durant et ROBLOT, traité élémentaire de droit commer. 4è ed.T.I.n°2326.1959.Foyer(etude Hamel)P.65/66 المرجع السابق
- Foyer, Encyclopédie, Dalloz.T.III, n° 51.CABRILAC.J.C.Comm.FA.n°88.
- Roger Homir.R.T.D.com.1958P.846.n°38et39.

(3) - Cass.31/5/1960.D.1960.601 et note M. Yves Guyon المرجع السابق Professeur à l'Univercité de Paris I
واشار اليه الاستاذ مازو ص86 .

./.

المرتهن هذا الحق في حالة افلاس المدين او التسوية القضائية (1) صار يقر له بهذا الحق حتى وان كان المدين في وضعية التسوية او الافلاس(2) .

المطلب الثاني = موقفنا من هذا الجدال .

ان الوضع في التشريع الجزائري يختلف من التشريع الفرنسي كما اشرنا وبالتالي فان المشكل لن يثار عندنا طالما ان نص المادة 974 مدني يقضي بسريان احكام القانون المدني على الرهن التجاري ما لم تتعارض مع احكام هذا الاخيرة مما يسمح بالقول بأن للدائن المرتهن في الرهن التجاري حق طلب من المحكمة بان تملك له الشيء المرهون ليس على اساس القياس على الرهن المدني كما يقول البعض(اكثم امين الخولي وعلي حسن يونس،اشرنا اليهما فيما سبق) ولكن على اساس تطبيق نص المادة 974 مدني التي تقضي بسريان احكام القانون المدني على الرهن التجاري بكل بساطة .

هذا واذا كان للمرتهن حق التنفيذ على المرهون عند حلول الاجل للدين وعدم

---

(4) اكثم امين الخولي - المرجع السابق - ص 431 فقرة 365 .
على حسن يونس - المرجع السابق - ص78 فقرة 70 .

(1) - GRENOBLE(1è cH et 2è cH)26/2/ et 29/2/1959.J.C.P.1959 II.19/69 note crétique par EMIL BEQUE
هذان الحكمان يتعلقان ببيع سيارة بالنسجة ،فقضى بان المرتهن يكون في وضع مستحيل بان يتملك الشيء المرهون بافلاس المدين .

(2) -Cass.Comm.3/10/1962.J.C.P.1962.II.12940
الذى يقضي بما يلي = L'article 2078 C.Civil, permet au créan- -cier de faire ordonner en justice que le gage lui demeurera aquis en paiement et jusqu'a concurence, d'aprés une estimation faite par experts, et il ne fait pas d'éxécution lorsque le débiteur est en état de faillite, note signé.J.A.

واسضا -Cass.4/5/1981.J.C.P.1981.Bull.cass.IV.P.258.Gage
ان هذا الحكم يؤكد هذا الحق بقوله "et l'attribution judiciaire du gage de l'article 2078.C.Civ.applicable au gage commerçial nonobstant l'article 2084 du même code"

./.

الوفاء به من المدين،اما باجراء البيع عليه،او طلب تمليكه من طرف القضاء فان القانون يحرم عليه ، شتراط على الراهن آن ابرام العقد وقبل حلول اجل الدين بان يتملك المرهون عند عدم الوفاء بالدين او يمارس عليه البيع دون اتباع اجراءات القانونية ،ذلك ما سنراه في المبحث التالي .

المبحث الثالث = شرط تملك او بيع المنقول دون اجراءات عند عدم الوفاء .

تمهيد =

سبق ان راينا في المبحث الاول من هذا الفصل بان للدائن المرتهن حق طلب الاذن من القاضي بان يرخص له بان يتملك الشيء المرهون بالثمن الذى يقدره الخبير المختص،كما يمكن له التنفيذ على المرهون بالبيع بالمزاد العلني او بسعر التقديم الرسمي في البورصة او بثمن المثل في السوق ، ولا فرق في ذلك بين الرهن التجاري والرهن المدني ،الا من حيث الاجراءات،لكن قد يحدث ان يرد الاتفاق بين الراهن والمرتهن لتحقيق نفس الغاية (التملك او البيع بدون اجراءات) ابتداء في عقد الرهن فيثار السؤال عن مدى صلاحية صحة هذا الشرط او الاتفاق ؟

المطلب الاول = شرط بيع المنقول بدون اجراءات.

يسمى هذا الشرط عادة بشرط الطريق الممهد clause de voie parée وفحواه هو اتفاق بمقتضاه يرخص الراهن (مدينا كان ام كفيلا عينيا) الدائن المرتهن بان يجرى التنفيذ على المرهون بالبيع الودى لاستيفاء دينه من الثمن عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء به (1) .

ونظرا لما يحتويه هذا الشرط من خطورة على المدين ذاته الذى قبله

(1) السنهوري ج 10 ــ ص 840 بند 585 المرجع السابق .
المرجع السابق - MARTY et RAYNAUT.P.59,n°100

./.

في البداية وهو مكرها لضعف مركزه الاقتصادى ،فاستغل الدائن المرتهن هذا الضعف بفرض على الراهن هذا الشرط الذى قد يؤدى الى تمكين المرتهن من بيع الشيء باقل من قيمته الحقيقية اضرارا بالراهن والدائنين الاخرين،فاسدل القانون الحماية على الراهن من هذا الاشتراط باقرار تحريمه بنص المادة 903 مدني التي تحيل على نص المادة 960 مدني ،ونص المادة 3/33 تجارى فابطل الشرط دون العقد ،لكن قد يبطل العقد ايضا ان كان الشرط اساسيا فيه • وبذلك جعل المشرع هذه القاعدة من النظام العام لا يجوز للاطراف الاتفاق على مخالفتها (1) وسواء وقع الاتفاق اثناء ابرام العقد ام وقع بعده (2) ما لم يقع في هذه الحالة الاخيرة بعد حلول الدين كله او بعضه (3) •

ذلك على خلاف ما هو معمول به في فرنسا حيث يرى الفقه والقضاء (4) بان هذا الابطال لا يعني سوى الاتفاقات التي تقع آن ابرام عقد الرهن اما الشروط التي تلحق بالاتفاقات اللاحقة بعد ابرام عقد الرهن تكون منتجة لاثارها كما سنرى عند الكلام على شرط تملك المرهون عند عدم الوفاء •

المطلب الثاني = شرط تملك المنقول عند عدم الوفاء •

فكما حرم نص المادة 960 مدني ونص المادة 33 تجارى الاتفاق الذى يقضي ببيع المرهون دون اجراءات البيوع الجبرية المقررة في قانون المرافعات• قد حرم ايضا

---

(1) ايضا لقد افصح بذلك القضاء الفرنسي منذ بداية القرن الذى يقضي بما يلي = =Civ.4/3/1902.D.P.1903.1.215."la nulité de toute clause autorisant le créancier à s'approprier le gage ou à en disposer sans les formalités préscrits par l'art.2078 et à l'ordre public. (C. Civil. Art. 2078.) اشير اليه في

(2) هكذا تنص المادة 960 مدني في شطرها الاخير حيث تقول " ولو كان هذا الاتفاق قد ابرم بعد الرهن •

(3) وتنص نفس في الفقرة الاخيرة على ما يلي = لكن يجوز بعد حلول الدين او قسط منه الاتفاق على ان ينزل المدين لدائنه عن (الشيء) وفاء لدينه (ويبدو ان نص المادة 960 مدني قد اقتبس من نص المادة 1052 مدني مصرى وهذا بدوره قد اقتبسه من نص المادة 1229 مدني الماني ،اشير اليه الاستاذ Guyenot P.300 المرجع السابق •

(4) المرجع السابق - MARTY et RAYNAUT.P.59, n°100

•/•

الاتفاق الذى يقضي بالسماح للمرتهن بان يمتلك المرهون عند عدم الوفاء. ويسمى هذا الاتفاق pacte commisoire وكان معروفا في عهد القانون الروماني (1).

ويعرف على انه اتفاق بين الدائن المرتهن والراهن (مدينا كان ام كفيلا عينيا) يقضي بتخويل المرتهن آن ابرام عقد الرهن او بعده قبل حلول اجل الدين بأن تؤول اليه ملكية الشيء بصفة تلقائية عند حلول اجل الدين وعدم الوفاء به.

وبما ان هذا الشرط (كما راينا في التكييف القضائي (2) له) من النظام العام فان ورد في العقد يكون مآله البطلان (3) لذا يثار السؤال فيما اذا كان البطلان يقتصر على الشرط فقط ام انه يشمل ايضا العقد ؟ فمشرعنا لم ينص على ذلك في الرهن (غير انه في هذه الحالة) ولعدم وجود نص خاص يجب تطبيق القواعد العامة

---

(1) يقول الاستاذ MAZEAUD.P.85. n°77
" بان هذا الشرط وقع تحريمه منذ عهد كونستانتان Constantin ثم نقل هذا التحريم الى القانون الفرنسي القديم في القرن 16 فالفرنسي الحديث بنص المادة 2078 مدني و 93/4 تجارى " وعليه فمنها اقتبستة التشريعات العربية منها الجزائر ومصر.

(2) سبق الاشارة اليه Civ.4/3/1902.D.P.1903.1.215.
في المطلب السابق

(3) - NANCY.13/11/1952.GAZ-Pal 1953.1.208.
- Cass.Com.13/1/1965.J.C.P.1965.ed.G.IV.P.22.
هذا الحكم يؤكد ما نص به منذ الحكم الصادر بتاريخ 1902/3/4 الذى اشرنا اليه سابقا وفحواه il est interdi au créancier gagiste de se faire reconnaitre par le débuteur lors de la constitution du nautissement, la propriété des valeurs remise en gage"

غير انه يلاحظ في هذا الحكم قد حرم الشرط الذى وقع آن ابرام العقد فقط دون الشروط التي تاتي بعده بذلك بقوله " lors de la constitution
وسنرى انه تاكد هذا الموقف باحكام اخرى نشير اليها في موضعها.

./.

في ابطال العقود (م 104 مدني) (1) وبالتالي فيبطل الشرط فقط دون العقد ما لم يكن هذا الشرط اساسيا في العقد فيبطل عند ذلك الشرط والعقد معا ، وهذا الحل الذي تبناه مشرعنا بنص المادة 104 مدني متفق تماما مع موقف الفقه والقضاء الحديث • (2) •

هذا وكان القضاء الفرنسي حاسما في هذا الموضوع في اعتبار التحريم الذي ورد بنص المادة 2078 مدني من النظام العام ، الذي بمقتضاه يبطل كل اتفاق كيف على انه شرط تملك عند عدم الوفاء ، وان وقع هذا الاتفاق خارج التراب الفرنسي وفي بلد يسمح قانونه بورود مثل هذه الشروط في العقد (3) • الامر الذي ادى بالمقرضين الى التحايل على القانون باصدار رهوناتهم في شكل بيع الوفاء •

<u>بيع الوفاء</u> =

من اجل اخفاء فوائد ربوية او شرط تمليك عند عدم الوفاء ، تلك الحالات التي يحرمها القانون ، فكثير ما يتحايل المتعاقدون على هذه القواعد باصدار هذه الاتفاقات تحت ستار بيع الوفاء •

---

(1) تنص المادة 104 مدني على ما يلي "اذا كان العقد في شق منه باطلا او قابلا للابطال فهذا الشق وحده هو الذي يبطل ، الا اذا تبين ان العقد ما كان يتم بغير الشق الذي وقع باطلا ، او قابلا للابطال ، فيبطل العقد كله " •

(2) السنهوري ج 10 – ص 841 بند 585 المرجع السابق •
المرجع السابق -
- MARTY et RAYNAUT.P.60.n °101.
- Cass.Com. 24/10/1956.GAZ- Pal 1957.1.128.
وسنشير الى مضمون هذا الحكم عند الكلام عن بيع الوفاء فيما بعد •

(3) -Cass.Req.24/5/1933.D.H.1933.378.
هذا الحكم مفاده ما يلي =
" Lorsqu'une convention passe à l'étranger prévoit en même temps que la faculté de rachat pour le débiteur, le transfert de plein droit au profit du créancier de la propriété d'un gage affecté à la garantie d'un prêt, elle renferme un pacte commissoire prohibé par la loi française, seule applicable aux droits réels dont sont l'objet les biens mobiliers situés en françe.
Dès lors, applique exactement l'article 2078 du C.Civ. l'arrêt qui refuse de faire produire effet en françe à une telle conv--ention, bien que passé à l'étranger selon la loi du lieu".

•/•

فتنبه مشرعنا على غرار التشريع المصرى الى سد الطريق على المحتالين بتحريم هذا النوع من البيوع بنص المادة 396 مدني (1) حسما للتلاعب او النزاع (2) ، اللذان لا زالت تعاني منهما بعض التشريعات الحديثة (3) .

هذا فبالرغم من ان مشرعنا قد انهى بعض النزاعات التي قد تنشأ اثر العقود الصورية بالغاء بيع الوفاء بنص المادة 396 مدني ، الا انه لم يأت بالحلول للمسائل الاخرى التي تثور اثر تطبيق نص المادة 960 مدني التي تحرم شرط تمليك الشيء المرهون عند عدم الوفاء بالدين .

---

(1) تنص المادة 396 مدني على ما يلي " يكون البيع باطلا اذا احتفظ البائع يوم البيع بحق استرداد الشيء المبيع في اجل معين " وقد اقتبس هذا النص من نص المادة 455 مدني مصرى .

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ـ المرجع السابق ـ ص300 بند 336 .

(3) ان بيع الوفاء في التشريع الفرنسي يكون صحيحا (م1659 الى 1673 مدني) لكن اذا تبين للقاضي ان هذا البيع كان قائما على الغش بحيث يخفي معه شرط التمليك في الرهن فيقضي بابطاله ، ويستعين القاضي لاكتشاف الغش في العقد بعناصر شتى منها بخس ثمن المبيع او المدة القصيرة لاستعمال الشيء ، وقد اعتبر نوعية حيازة الشيء من البائع على سبيل الايجار قرينة على وجود الغش . فكان هذا القضاء في اول الامر يقضي ببطلان الشرط فقط ما لم يكن هو الدافع الى التعاقد ذلك باحكام صدرت عن غرفة العرائض بتاريخ 1876/1/17 وعن الغرفة المدنية بتاريخ 9/7/ 1877 (اشار اليها الاستاذ مازو ، المرجع السابق ، ص86 و 87 بند 77) ثم صار يقضي ببطلان الشرط والعقد معا على اساس ان اخفاء شرط التمليك في عقد البيع يكون قرينة قاطعة على كون الشرط اساسي فيه مما يستوجب البطلان .

- Cass.Com.24/10/1956.GAZ-Pal.1957.1.128.

مفاده ما يلي = " Les juges du font prononcant a bont droit la nulité d'une convention tout entière, qui, sous la couvert d'une vente apparente de parts sociales avec faculté de rachat à bien constitué dans l'intention des parties, une convention déguisée de crédit avec constitution de gage sur parts sociales et pacte prommissoire."

- Cass.13/1/1965.J.C.P.1966.II.14469, note R.D.M.

هذا الحكم يتعلق برهن القيم المنقولة .

./.

النقود

وهذه المشاكل تتمثل في الرهن الوارد على الديون ، وعرض الشيء المرهون من الراهن على المرتهن لشرائه بعد ابرام عقد الرهن . وكذلك التشريع الفرنسي لم يعالج هذه الاوضاع ،فكان موقف الفقه والقضاء الفرنسي هو القول بتحديد نطاق تطبيق نص المادة 2078 مدني (1) على الا تنطبق احكامها على المسائل التي ذكرناها . ولذلك يقول الفقه بشان الاحوال الاتية =

1 ـ الرهن الوارد على مبلغ من النقود الذي يسمى عادة خطأ بكفالة (2) انه يجوز للمرتهن اجراء المقاصة بين المبلغ المضمون بالرهن والمبلغ المرهون عنده متى توافرت شروط المقاصة (م 297 مدني) .

2 ـ الرهن الوارد على الديون (3) .

فيرى الفقه على انه ولو اشترط في العقد الاساسي على تملكها ،فكيف الشرط من جانب هؤلاء على انه حوالة تحت شرط واقف على عدم حصول الوفاء ،وقدر بان هذا الشرط لا يتضمن خطورة على المدين ،طالما ان الدين المرهون له قيمة اسمية معروفة مسبقا .

اما الحالة التي يحمل المرتهن على شراء الشيء المرهون الذي عرضه له من طرف الراهن بعد ابرام عقد الرهن فيرى القضاء الفرنسي على انه يجوز اجراء البيع للمرتهن ولو كان قبل حلول اجل الدين ما عدا احوال الغش (4) وهذه الحالة في الواقع ما هي الا صورة من صور اتحاد الذمة التي ينقضي بها الرهن بصفة اصلية كما بينا (5) .

---

(1) يقابل هذه المادة نص المادة 960 مدني جزائري .

(2) ما سبق ، (رهن النقود)
- MAZEAUD.P.73.et 86, n°65 et 77

(3)
- MARTY et RAYNAUT.P.61, n° 102.

(4)
- Rouen.26/11/1971.D.1972.429. et note Hemard.
اشار الى الحكم مازو ـ ص 86 بند 77
- Req.17/10/1906.D.P.1907.1.79
- DALLOZ.C.Civ. art 2078 note n°1
اذ يقضي هذا الحكم بما يلي "
" La vente faite par le débiteur à son créancier de la chose donnée en gage soit avant, soit aprés l'écheance de la dêtte; et valable, sauf le cas de fraude"
السنهوري ج 10 فقرة 624 ص 874 وما بعدها في اتحاد الذمة بالخصوص .

(5) ما سبق في البحث ص 167 .

./.

وبعد عملية الشراء يمكن للمرتهن اعمال احكام المقاصة بين ثمن المبيع ومبلغ الدين الذي على المدين متى توافرت شروطها طبعا (1) .

وهذه الحالات الثلاث يمكن الاعمال بها في تشريعنا طالما انها لم تتعارض مع نصوص القانون .

غير ان هناك حالات اخرى لا تدخل في نطاق تطبيق نص المادة 2078 مدني (التي تقابلها المادة 960 مدني) فرنسي طبقا للفقه والقضاء الفرنسي ولا يمكن العمل بها في بلادنا لتعارضها مع نصوص التشريع وهي " تحديد نطاق تطبيق قاعدة بطلان الاشتراط التي تقضي بتملك المرهون او ببيعه بدون اجراءات عند عدم الوفاء في الاتفاقات التي يعقدها الاطراف آن ابرام العقد فحسب (2) " .

اما الاتفاقات التي تبرم بين الاطراف بعد ابرام العقد الاساسي تكون صحيحة ولو وقعت بعد فترة وجيزة من ابرام العقد الاولي (3) .

---

(1) ما سبق في البحث ص 157 وما بعدها .

(2) - Req.17/10/1906.D.P.1907.1.79.
سبق لنا ان اشرنا الى مضمون هذا الحكم في ص ... حاشية رقم ...
- J.FOYER. Encyclopédie Dalloz.T.III.GAGE نفس المعنى يقول به " n° 36 " la nulité ne s'étend qu'aux pactes contenporains du contat de gage".
المرجع السابق
- MARTIR et RAYNAUT.P.61.n°102.

(3) - Cass.Civ.17/11/1959.J.C.P. 1959.IV.P.162.R.T.D.Com.1960. P.372.
هذا الحكم ينص على امرين = 1) التاكيد على تحريم شرط التملك اوالبيع بدون اجراءات
2) تحديد الفترة التي يمتد فيها بهذا التحريم .
ذلك بقوله = " il, n'y a pacte commissoire prohibé.... que si c'est au moment ou le nautissement constitué pour la garantie d'un prêt qu'une clause du contrat autorisé le créancier à s'approprier le gage et à en disposer sans les formalités légales.
Il n'en est pas ainsi lorsque c'est plus d'un an après le prêt et le nautissement qu'entre le débiteur et le créancier etc.."

./.

لذلك قد اجاز القضاء الفرنسي (1) البيع الذى يجريه الراهن للمرتهن بعد ابرام عقد الرهن وقبل حلول اجل الدين كما سبق له ان اجاز الوعد بالبيع الذى ينعقد في هذه الفترة باحكام شتى (2)،ذلك تقد يسرا . ان الحكمة التي تقرر بمقتضاها التحريم قد تكون من غير ذى موضوع بعد ابرام عقد الرهن وبعد حصول المدين على مبلغ القرض •بالاضافة الى ذلك فان القضاء الفرنسي (ان كان الشيء المرهون دين في ذمة الغير) يعترف بشرط الاحالة او الوكالة المشروطة ، صراحة ،في عقد الرهن فاذا تحقق شرط عدم الوفاء عند حلول الاجل يكون للمرتهن بواسطة اعمال احكام الحوالة ام الوكالة (قد يتحصل على المبلغ ثم يقصه من الدين) وبالتالي يصبح مالكا للدين المرهون ويتصرف فيه كما يشاء (3) •

وهذا الحل الذى توصل اليه الفقه والقضاء الفرنسي كان مفيدا ونستحسنه في نظرنا غير انه لا يمكن العمل به في ظل تشريعنا الحالي الذى قدرفيه المشرع بان ضعف المدين يبقى الى آن حلول اجل الدين كله او بعضه •

وفي نظرنا ان نص المادة 903 مدني قد بالغت في الحماية التي اسدلت بها المدين لما امدتها على الاتفاقات التي تحصل بعد ابرام عقد الرهن ،لا ن الواقع يبين لنا من ان المدين بعد هذه الفترة يكون قويا والضعف يكون بجانب الدائن الذى يكون جديرا بالحماية •

---

(1) منها - Cass.Req.8/5/1934.S.1934.1.342.
الذى يقضي بما يلي " ne constitué pas un pacte commissoire
la promesse de vente.... qui n'est intervenue que posteri-erement au prêt consenti au promettant etc.."
ونفس المعنى - Cass. 3è. 14/1/1971.Bull.Cass.1971.III.n°19
اشار الى الحكم الاستاذ مازو ص86 بند 77 •

(2) - CABRILAC.J. calsseur commer.1981.F.B.n° 26.

•/•

واذا كان بعض الفقهاء (1) قد حاولوا تبرير هذا الامتداد على اساس ان مظنه الضعف لم تزل في المدين الى حين حلول اجل الدين.

فيرد على هؤلاء ببساطة على انه ان كان ما يبرر بقاء هذه المظنة في الراهن ان كان مدينا بعد ابرام عقد الرهن وقبل حلول اجل الدين كله او بعضه فان هذه المظنة بعيدة الاحتمال عندما يكون الراهن كفيلا عينيا . اذ طالما أن هذا الاخير متبرعا بكفالته على المدين ،ذلك دليل على انه ميسر فلا يتوقع تاثير المدين او الدائن عليه الا في الاحوال النادرة لا يقاس عليها.

بالاضافة الى ذلك فان الطرف الضعيف فعلا في الرهن بعد انعقاد العقد هو الدائن المرتهن الذي يرجى من المدين الحصول على حقه (المتوقف على مجرد امل) وقد لا يحصل عليه الا ببذل المساعي وتكلف متاعب الاجراءات في استصدار الوسائل التي تمكنه الحصول على حقه.

وكثرا ما يتنازل الاشخاص عن حقوقهم لما لهذه الاجراءات من المماطلة والتعقيد.

اضف الى ذلك اننا لا نرى الفرق من حيث النتيجة بين الحالة التي يسمح بها للمدين بان يتصرف في المنقول المرهون بالبيع ولو كان المشترى هو المرتهن (2) قبل حلول اجل الدين " بمقتضى نص المادة 965 مدني الفقرة الثانية منها التي تنص على ما يلي "ينقضي ايضا حق الرهن الحيازى باحدى الاسباب الاتية=

---

(1) السنهوري ج 10 فقرة 584 ـ ص 840.
نفس المعنى الاستاذ = - Jean GUYENOT.R.T.D.Com.1961.P.300.
وفي هذا يقول

" La solution du droit allemand parait plus conforme aux raisons d'ordre moral qui ont motivé la prohibition du pacte commissoire, l'article 1229 dû B.G.B. nè permet cette stipulation qu'a partire du jour ou le créancier à le droit de réaliser le gage . La volonté du débiteur est alors assurement plus libre et celui-ci peut mieux défondre ses intérêts."

(2) عبد الفتاح عبد الباقي ،المرجع السابق ـ ص 298 فقرة 325.

./.

الفقرة الثانية " اذا اجتمع حق الرهن الحيازي مع حق الملكية في يد شخص واحد " (1) •

والحالة التي يقع الاتفاق بين هذا الراهن بالذات والمرتهن بعد ابرام عقد الرهن ،على تملك المرتهن الشيء المرهون عند عدم الوفاء •

اذ لو ان لم تنتفي الحكمة من التحريم بعد ابرام عقد الرهن لما اجاز للراهن بيع الشيء المرهون للمرتهن في هذه الفترة • طالما ان خطر استغلال المرتهن المدين في هذه الحالة غير مستبعدة ايضا •

افلا يتصور ان يبرم عقد القرض لمدة اقصر من حاجات المدين فيحل أجل الدين قبل زوال الضعف عنه ،فيقع تحت ضغط الدائن بالتنفيذ على الرهن او ببيع له الشيء المرهون بثمن اقل من قيمته الحقيقية مقابل تمديد له او تجديد له عقد القرض؟

وعليه فان القول بان ضعف المدين لا يرتفع عنه الا بحلول اجل الدين كله او بعضه قول لا يمثل الحقيقة في جميع جوانبها ولا يصدق في كل الاحوال بل لا يقتصر على المدين وحده •

لذلك نقترح تعديل نص المادة 960 مدني على النحو الذي يتحدد بها نطاق الحرمان في الفترة التي تعاصر عقد الرهن دون ان تتجاوز ذلك •

---

(1) السنهوري ج 10 ـ فقرة 624 و 625 ـ ص 874 وما بعدها في اتحاد الذمة •

الخاتمـــة :

لا نريـد من خلال هـذه الخاتمـة أن نكرر ما سبق أن تعرضنا اليـه بالبحث والمناقشـة في هـذا الموضوع، ان ما نريـده هـو تمكين القارئ من الحصول على زبدة هـذه الدراسة بكل بساطـة، ولقد سبق أن اشرنا في المقدمة بـأن التشريع الجزائـرى بالرغم من انه استفاد بما انتهت اليه التشريعـات الحديثـة والقضاء، كمصر وفرنسا، الا انه لا زال يعاني بعض النقص وعدم الوضوح كما يعانـي بعض التشديدات لا مبرر لهـا، سبق ان اوضحنا كل هـذا في مواضيعهـا، لا سبيل لتكرارهـا هنا، وعلى ضوء ذلك وبناء على ما تقدم نقترح اجراء التعديـــلات او الاضافات في التشريع المدني والتجارى في المواضيع التي ناتي بذكرها فيما يلي وهي :

1 - مفهوم الرهن الحيازى :

ان مفهوم الرهن الحيازى في تشريعنا يختلف عن ما هـو متعارف عليـه في بعض التشريعات الاخرى، حيث انه ينصب على عقار او منقول وقد يعني به رهـن المنقول دون انتقال الحيازة، لذلك نقترح حصر نطاق الرهن الحيازى في المنقـولات فحسب والغاء عبارة " الحيازى " الواردة في رهن المحال التجاريـة والادوات الصناعية وغيرهـا، لان هـذه الاموال يتم رهنهـا بدون انتقال حيازتهـا .

2 - المبادئ التي تحكم الرهن الحيازى :

ان المبادئ التي تحكم الرهن الحيازى الوارد على المنقول هي نفس المبادئ التي تحكم الرهـون بصفة عامـة في تشريعنـا، وبما ان عقد الرهن عندنا هو رضائي كقاعدة عامة (ويستثنى من ذلك الرهون الواردة على الاسهـم التي اقتضى المشرع فيها الرسمية، والصفقات العمومية التي يتم انشائهـا بتسليم السند) وفي هذا الصدد، نرجو تعديـل نص المادة 952 مدني التي تقضي بانقضاء الرهن بمجرد توافر واقعة الرجوع لان هذه المادة تتلاءم مع التشريعات التي تجعل من عقد الرهن عقدا عينيا (يتم بالتسليم وينتهي بالرجوع) كما ان الرهن يخضع لمبدأ عدم قابليته للتجزئة، لكن مشرعنا لم ينص على ذلك في الرهـن الحيازى ولم يحيلنا الى احكام الرهن الرسمي م 892، وعليه فنقترح اضافة رقم المادة 892م في نص المادة 950 مدني التي تقضي بالاحالة الى بعض احكام الرهن الرسمي . ./.

3 - اركان عقد الرهن .

ان الرهن الحيازى عقد ، يقتضي منه توافر شروط في اركانه ، لكن لما تعرض مشرعنا الى هذه الاركان لم يشترط في الاطراف ان يكونوا اهلا للتصرف في المال المرهون ولم يشترط في المال المرهون ان يكون مملوكا للراهن .

وهذا النقص ينبغي استدراكه بنص صريح يحيل الرهن الحيازى الى احكام المادة 884 مدني والمتعلقة بالرهن الرسمي ، والى حين الاخذ بهذا الاقتراح يمكن للقاضي الجزائرى تطبيق نص المادة 884 مدني على الرهن الحيازى عن طريق القياس.

4 - اجازة عقد الرهن :

عدد قانون الاسرة الاشخاص الذين يكون لهم الحق في الاجازة بنص المادة 83 ، ولم يذكر الجد من بين الذين يكون لهم حق الاجازة ، وقلنا يكون هذا الحق للجد ايضا قياسا على الوصي .

5 - المنع من التصرف في المال الذى يكون مصدره الاتفاق او الارادة المنفردة :

لم يتخذ المشرع موقفا بشان المنع من التصرف في المال الذى يكون مصدره الاتفاق او الارادة المنفردة مع ان تدخله ضروريا ، ونقترح ان يجارى في الموضوع القانون المصرى والسورى اللذان ينصان على ما يلي :

اذا تضمن العقد او الوصية شرط يمنع التصرف في مال ، فلا يصح هذا الشرط مالم يكن مبنيا على باعث مشروع ، او مقصورا على مدة معقولة ، وقلنا ان سكوت المشرع يدل على انه يريد الاخذ بما اخذت به الشريعة الاسلامية التي تقر مثل هذا الشرط .

6 - رهن ملك الغير :

لم ينص مشرعنا عن رهن ملك الغير على النحو الذى نص عليه في بيع ملك الغير . ونقترح استدراك هذا النقص بنص صريح على النحو الذى نص عليه المشرع التونسي الذى يبطل عقد الرهن ولو كان المرتهن حسن النية ذلك حسما للنزاع .

./.

7 - زوال ملكية الراهن باثر رجعي :

عالج المشرع الموضوع بنص المادة 885 مدني المتعلقة بالرهن الرسمي وسكت عن الوضع في الرهن الحيازي، نرجوا الاحالة الى هذه المادة حسما للخلاف الفقهي الذي ثار في الموضوع .

8 - الالتزام بالتسليم :

احالنا المشرع بنص المادة 2/951 الى لأحكام الخاصة بتسليم الشيء المبيع غير انه لما تطرق لاحكام البيع لم يتناول سهوا هذه الاحكام، وعليه ينبغي استدراك هذا السهو في احكام البيع .

9 - التزام المرتهن بالمحافظة :

ان عدم وضوح نص المادة 955 مدني التي تتضمن نوعين من الالتزام، التزام بغاية والتزام بعناية، قد يثير اشكالا في احكام المحاكم مما يقتضي اعادة النظر في هذه المادة وتوضيح ارادة المشرع في ذلك . حسما للتاويل والاختلاف .

10 - الدائن المرتهن ملزم بالانفاق على المرهون في رهن المنقول :

لكن المشرع لم ينص على هذه الحالة ولم يحيلنا الى احكام الرهن الرسمي المادة 668 مدني في ذلك، مع انه اشار الى هذه النفقات بصفة عرضية في نص المادة 3/936 مدني مما يستوجب تدخل المشرع بنص صريح يفصل الموضوع، والى حين صدور النص في ذلك نرى تطبيق احكام المادة 968 مدني على رهن المنقول عن طريق القياس لاتحاد العلة بين الشيئين .

11 - منع المدين من الوفاء الى المرتهن وحده :

ان نص المادة 980 مدني يمنع المدين بالدين المرهون من ان يفي للمرتهن وحده بل اوجبه المشرع بان يفي للمرتهن والراهن معا، ومعنى ذلك انه ليس للمرتهن خصم الدين المضمون من اصل الدين المرهون قبل استحقاق الدين المضمون ذاته .

./.

ولا سباب سبق ذكرهنا نقترح الغاء الحضر الذى تتضمنه هذه المادة لعدم الفائدة منه وراجع الاسباب في البحث ص 262 .

12 - رهن المال المستقبلي :

لم يرد نص في الرهن الحيازى يخص رهن المال المستقبلي ، ولم يحيلنا المشرع الى احكام الرهن الرسمي ومع ذلك فاننا نرى ان الرهن الحيازى يخضع لمبدأ التخصيص للمال المرهون ولو كان الشيء المرهون دين في ذمة الغير ، مما يستوجب استدراك هذا النقص بورود نص يحيلنا الى نص المادة 886 المتعلقة بالرهن الرسمي .

13 - رهن الديون التجارية :

نظرا للعيوب التي انسبناها في ما سبق لنص الفقرة الرابعة في المادة 31 تجارى ، نقترح اعادة صياغة هذه الفقرة على النحو الاتي :

- اما الديون المادية التي لم تثبت في سندات اسمية او اذنية او لحاملها فلا تكون نافذة في حق المدين الا باعلانه بالعقد او الحصول على قبول منه وفقا لنص المادة 241 مدني .

ولا تكون نافذة في حق الغير الا بتسليم سند الدين المرهون الى المرتهن او الى شخص اختاره المتعاقدان وتحسب للرهن مرتبته من تاريخ الثابت للاعلان او القبول .

14 - اثبات رهن الديون التجارية :

نقترح الغاء الفقرة الخامسة من المادة 31 تجارى برمتها التي توجب اثبات حوالة الدين بعقد رسمي ، والتعديل الذى اقترحناه على الفقرة الرابعة من نفس المادة يحقق الغرض ويغنينا عن هذا النص .

15 - رهن السندات الاسمية والاذنية :

ان نص المادة 976 مدني الذى يقضي بان السندات الاسمية والسندات لامر ترهن بالطريقة الخاصة المنصوص عليها قانونا ، لا يفيد انها ترهن بالطرق التجارية . وعليه نقترح تعديل هذه المادة بنص صراحة على انها ترهن بالطرق التجارية .

./.

16 - رهن السندات الاسمية :

يرجى ان تضاف فاصلة في النص الفرنسي من المادة 3/31 بين عبارة الاسهم وحصص الشركاء، والغاء عبارة حصص الشركاء لان هذه الحصص يتم رهنها عن طريق حوالة الحق .

17 - مفهوم القيم المنقولة في تشريعنا :

سمى المشرع السندات الاسمية في نص المادة 31 بقيم وسمى السهم في المادة 700 تجارى بالقيمة المنقولة، والحال انه ليس هناك ما يمكن تسميته بالقيمة المنقولة في التشريع الجزائرى كما راينا، واورد عبارة" تداول بالطرق التجارية في عدة مواضيع في القانون التجارى، وهو لا يعني بهذه العبارة الا حوالة حق بطرق اشد مما هو عليه القانون المدني .

وعليه فنقترح الغاء عبارة القيمة المنقولة او التداول في المواضيع التي يقصد بها التنازل عن الحق بالطرق غير الطرق التجارية .

18 - رهن الوعد بالسهم :

يرجى الغاء نص الفقرة الثانية من المادة 803 تجارى الذى يعاقب المتعامل بالوعد بالسهم، ذلك لاسباب سبق ذكرها في البحث ص 242 حاشية رقم 3 .

19 - رهن السندات الاذنية :

نقترح الغاء عبارة" ايضا" التي وردت في نص المادة 2/31 والتي لا تزيد الا غموضا والنص صراحة على انها ترهن بما ترهن بها حوالة الحق في القانون المدني، او ترهن طبقا لما نص عليه نص المادة 31 تجارى التي تحيل الى المادة 30 تجارى، او النص صراحة على انها ترهن طبقا لاحكام الفقرة الخامسة من نص المادة 31 تجارى، ذلك حسما للخلاف الذى يثار بصددها .

20 - حق الدائن المرتهن في طلب تمليكه المرهون من طرق القاضي :

لم ينص المشرع التجارى على هذا الحق ولم يحيلنا الى احكام المادة 960 مدني المتعلقة بالرهن المدني لذلك نقترح اضافة هذه المكنة التي اعطت للدائن المرتهن في الرهن التجارى بجانب حقه في التنفيذ على الشيء بالبيع والى حين الاخذ بهذا الاقتراح نرى تطبيق احكام القانون المدني في الموضوع .

./.

21 - شرط تملك المرهون والبيع بلا اجراءات عند عدم الوفاء :

نص المشروع المدني على هذا الشرط في المادة 903 والمشروع التجاري في المادة 3/31 وعليه نقترح اجراء التعديل على هاتين المادتين ،على نحو يقتصر الحضر الذى تنصان عليه على الاتفاقات التي تكون معاصرة لابرام عقد الرهن دون تلك التي تلحق به لاسباب سبق ذكرها في ص 286 .

نكتفي بهذا القدر ونسأل الله حسن التوفيق .

*—****—*

المراجــع:

أ) المؤلفات باللغة العربية

- علي علي سليمان : شرح القانون المدني الليبي ، الحقوق العينية الاصلية والتبعية ، بيروت 1959.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 2 – ط 1970 – القاهرة.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 3 – ط 1970 – القاهرة.
- عبد الرزاق السنهوري ، الوسيط ، ج 10 – ط 1970 – القاهرة.
- سمير تناغو السيد تناغو ، التامينات الشخصية والعينية ، 1970 الاسكندرية.
- عبد الجواد السرميني وعبد السلام الترمانيني ، الحقوق العينية ، ج 2 ، في الحقوق العينية التبعية ، ط 1965 – مطبعة الشرق – حلب.
- عبد الفتاح عبد الباقي – الوسيط في التامينات العينية ، القاهرة 1954.
- عبد المنعم البدراوي ، التامينات العينية ، ط 1 ، 1969 – القاهرة.
- منصور مصطفى منصور ، التامينات العينية ، القاهرة 1963.
- شمس الدين الوكيل ، نظرية التامينات في القانون المدني ، ط 2 ، 1959 ، الاسكندرية
- محمد حسنين ، عقد البيع في القانون المدني الجزائري ، الجزائر 1983.
- محمد حسنين ، طرق التنفيذ في قانون الاجراءات المدنية الجزائرية الجزائر 1982.
- محمد حسنين ، الحقوق العينية التبعية ، مطبوعة ، 72/1973 الجزائر.
- احمد سلامة – دروس في المدخل للدراسة القانونية ، 1965 مصر ، ج 2.
- محمد وحيد الدين سوار : شرح القانون المدني ، الحقوق العينية ، ج 2 الحقوق العينية التبعية ، 1968/1969 ط – دمشق ، سوريا.
- محمد وحيد الدين سوار : ابحاث اساسية في القانون المدني الجزائري ، محاضرة القيت على طلاب الماجيستير – سنة 1978/1979.
- توفيق شحاته : النظرية العامة للتامين العيني ، ط 2 ، 1953 القاهرة.
- عبد المجيد الحكيم ، الوسيط ، في نظرية العقد ، ج 1 ط ، بغداد 1967.
- نصرة منلا حيدر ، طرق التنفيذ الجبري ، دمشق 1967.
- أكثم أمين الخولي : الوسيط في القانون التجاري ، ج 4 ، العقود التجارية ، ط 1958 – مصر.
- علي حسن يونس – العقود التجارية ، دار الفكر العربي (لم نعرف تاريخ الطبعة).

/7--)R T I C L E S: ب - المقالات

1)- Michell CABRILAC, Formes particulières du gage commercial, J. classeur commer.(Art.91 à 93)Faxicul B.

2)- Michell CABRILLAC, Gage, regime Général du gage commercial, J.C Commer.(Art.91 à 93.Fasicul A.

3)- Mme Françoise CHAMOUX, une ouverture sur de nouveaux moyens de preuve, (la loi du 12/7/1980).

4)- Claude Morel, nantissement de l'outillage et du matriel, Enecyclopédie, Dalloz commercial, T.IV. 2- ed.

5)- M. DEMOGUE: R.T.D Civ 1984.P.172, N° 1

6)- J. DERRUPE, Nantissement des créances, Encyclopédie, Dalloz commercial, T.IV 2è Edi.

7)- J. DERRUPE, Nantissement, Encyclopédie, Dalloz commercial T.IV, 2è éd.

8)- SIMON FREDERIQ, l'unification du droit civil et du droit commercial Essai de solution pragnatique, R.T.D. Commer 1962 P. 203 et suit.

9)- J. Foyer, Gage, Encyclopédie, Dalloz commerçial,T.III.

10)- J. Guyenot, la construction et la réalisation du gage des valeur mobilieres, R.T.D. com. 1961.

11)- J. Hamel, les rapports du droit civil et du droit commercial en françe, Amales du droit commercial; 1933.P.183 et suit.

12)- J. PATARI?, Nantissement de films ENCYCLOPEDIE, DALLOZ, T.IV 2è ed.

13)- MM. Jean STOUFFLET et yves Chaput, d'allegement de la forme des transmissions de créances liés à certaines opérations de crédit,(loi N°81-1 du 2/1/1981 et decrét n° 81-862 de 9/9/1981 J.C.P.ed. G 1981 - I - 3044.

14)- A. TUBIANA (Agrée au tribunal de commerce d'Alger) du réglement des dettes chirographaires contractées par la masse R.T.D. commerc. 1961.P.577 et suit.

د) الأحكام القضائية في فرنسا :

- Cass.Civ. 11.05.1898 - C.Civil Art.2280 note n° 4.
- Cass.Civ. 04.03.1902. - C.Civil Art.2078 note n° 2.
- Gronoble. 03.03.1903.Sy. 1905.02.230.
- Req. 17.10.1906.C.civ.Art.2078, note n° 1.
- Cass.Civ. 08.01.1908. R.T.D.Civ.1908.P.369/n°42, ob:Demogue.
- Cass. 27.01.1908.code civ. art.2076; note n° 6.
- Civ. 29.01.1909. Code civ. art 2075, note n° 1.
- Cass Req. 24.05.1933.D.H.1933.378.
- Cass Req. 08.05.1934.S.1934.01.342.
- Cass 27.06.1944.J.C.P.1945.II.2782.
- Cass 19.03.1946.J.C.P.1946.II.3135.
- Trib Lille, Civ9.3.1951.R.T.D.Com.1951.P.572.n°11.Ob:Hemard.
- Nancy 13.11.1952.GAZ.POL.1953.1.208.
- Trib.Civ.Seine.1.04.1954.J.C.P.1956.II.1567.note chessgnon- R.T.Dr.Commer.P.169.n°20 Ob Hemard.
- Trib commer. Seine 27.7.1956.J.C.P.1956.II.9567.notechessgnon R.T.D.commer.P.169.n° 20 Ob. Hemard.
- Cass commer.24.10.1956.JAZ Pal 1957.1.128.
- Cass.commer. 15.1. 1957.J.C.P.1957.II.10006, note.J.Becqué.
- Cass civ. 27.6.1958.J.C.P.1958.II.10819.et 10901, note Becqué R.T.D. Commer.1958.P.848.Ob.Houane- R.T.D.Commer.1959.P.146. Ob.Hèmard.
- GRENOBLE (1? ch et 2è ch) 26 et 29/2/1959(2è art)J.C.P.1959. II.19169, note crétique par E. Becqué.
- Cass Civ. 17.11.1959.J.C.P.1959.IV.P.162.R.T.D.Com.1960.P.372.
- Cass Com.3.10.1962.J.C.P.1962.II.12940, note signé J-A.
- Cass Civ.10.10.1962.S.J.1962 éd.G.II.12926,note signé J-A.
- Cass Civ 1è ch. 13.11.1962.S.J.1963.II.12976..
- Cass. 13.1.1965.J.C.P.1966.II.14469, note signé. R.D.M.
- Cass.Com. 13.1.1965.J.C.P.1965.éd. G IV.P.22.
- Cass Civ-Co.10.7.1968.D.1969.114.

./.

- Cass. 11.6.1969.D.1970.244, note Bihr.
- Trib. Paris.10.6.1971.R.T.D.Com.1972.P.448.n°16, Ob. Hemard.
- Trib.Gd Inst.Strasbourg 22.4.1975.R.T.D.Com.1975.P.532,n°7.
- Cass.Com.5.2.1979.J.C.P.1979.IV.P.124.
- Cass.Com.10.10.1979.J.C.P.1980.IV.P.82.
- Cass.Com.4.2.1980.J.C.P.1980.IV.P.156.
- Cass.Com.5.5.1980.J.C.P.1980.IV.P.271.
- Trib.inst.Paris 27.10.1980.J.C.P.1981.I.3048 (nautissement)
- Cass.Com. 3.11.1980.J.C.P.1981.IV.P.31.
- Trib.Lyon 1è ch. 12.10.1980.J.C.P.1980.IV.P.376.
- Trib.Lyon.16.10.1980.J.C.P.1980.IV.P.376.
- Cass.Com.1.12.1980.J.C.P.1980.IV.P.69.
- Cass.Com.5.1.1981.J.C.P. éd. G.IV.P.99.
- Cass.Com. 17.2.1981.J.C.P.IV.P.159.
- Cass. 4.5.1981.J.C.P.IV.P.258.

هـ) بعض المراجع الأخرى المساعدة :

- ENCYCLOPEDIE, Dalloz.T.II, GAGE.
- ENCYCLOPEDIE, Dalloz.T.III, Gage, repertoire Encyclopedie de droit français, T.9.Paris 1894.
- DALLOZ.Repertoire Pratique, nautissement, T.VIII, 1920.Paris

- القانون المدني الجزائري.
- القانون التجاري الجـزائري.
- التقنين المدني الفرنسي.
- التقنين التجاري الفرنسي.
- مشروع القانون المتعلق بقانون الاحوال الشخصية بتاريخ 29/9/1981.
- المرسوم الصادر بتاريخ 9/4/71 تحت رقم 91/71 (الجريدة الرسمية رقم 30 والمتعلق بتحديد شروط اصدار سندات التجهيز.
- المرسوم رقم 32/72 الصادر بتاريخ 31/1/72 المتعلق بالتنازل عن العقـارات والحقوق العقارية اوالمتعلقة بشراء او التنازل او رهن القيم المنقولة.
- مجلة الحقوق المدنية التونسية.
- قانون الصفقات العمومية الصادر بتاريخ 17/6/1967 والمعدل بمرسوم رقم 82/145 الصادر بتاريخ 10/4/1982.

د. أحمد سلامة ، الرهن الطليق للمنقول ، مجلة العلوم القانونية والاقتصادية يوليو 1968 ، عدد 2 السنة 10 ، ط ، جامعة ، عين الشمس ، ص 304 ومابعدها .

د . على البارودي ، حوالة المنقولات ذات الطبيعة الخاصة ، مجلة الحقوق س 10 (60 ـ 61) عدد 3 و 4 ص 31 الى 136 .

د صبحي محمصاني : النظرية العامة للموجبات والعقود في الشريعة الاسلامية ط 1948 بيروت ، الجـزء 2 ،

ـ الاستاذ محمد طيار ، مجموعة القوانين والنصوص الفقهية ، الجزائر ، 1983 .

BIBLIOGRAPHIE

(I) LANGUE FRANCAISE

OUVRAGES

APPRILL

1 Le Nantissement des creances et des comptes (sous la direction de Hamel) 1953 PARIS. p 485 et suite.

2 BROANE :
Nature juridique du gage de créance,(These) 1939 PARIS.

3 CALBONNIER . :
Droit civil (Thenis) les obligations T4, 7e edition Dalloz 1972.

4 CHAUVEAU RENE :
La pratique du contrat de prêt (hypothèque gage, nantissement) 1e edition PARIS. DELMAS 1978.

5 CORNU GERARD :
La Loi du 18 JANVIER 1951, relative au nantissement de l'outillage et du matériel d'équipement (le gage commercial sous la direction de Hamel.J)1953 DALLOZ.P442.

6 DERRUPPE JEAN:
Les nantissements des valeurs mobilières. (Sous la Direction de Hamel J) PARIS 1953. Page 512 et suite.

7 DELESTRAINT PAUL DUPONT:
Droit civil : suretè, privilège et hypothèque, 5e édition . 1977 PARIS.

8 FOURNERIE PAULETTE VEAUX:

Fongibilité et subrogation reelle en matière de gage commercial (sous la direction de Hamel/ J)DALLOZ PARIS 1953. P 134 et suite.

9 FOYER JEAN (sous la Direction de Hamel J).

Le principe du gage avec depossession (la loi de 1863 et ses precedents) DALLOZ PARIS 1953. PAGE 17 et suite.

10 GRANGER. MROGIER:

Le warrant des magazins generaux (sous la direction de Hamel Jean) PARIS 1953. Page 156 et suite.

11 GUIHO PIERRE:

Le gage sur instruments symboliques (sous la Direction de Hamel Jean) Paris DALLOZ 1953. Page 83 et suite.

12 HEMARD. J

Traitè theorique et pratique de droit commercial (les contrats commerçiaux, Ventes et gages) PARIS 1953.

13 JUGLAR DE MICHEL IPPOLITO BENJAMIN :

1) Cours de droit commercial 1 e Volume. 4 e edition
2) Tome III. Traitè de droit commercial
3) Droit Commercial ; 4 e Volume (Banque et Bourses - contrats commerçiaux) Paris 1974.

14) LESCOT . P et ROBLOT :

Les effets de commerce, tome I PARIS 1953.

15) MARTY GABRIEL ET REYNAUD PIERRE:

Droit civil Tome III, 1 e volume (les suretés, la publicité fonçière) Paris 1971.

16) MAZEAUD HENRI ,LEON ET JEAN:

Leçons de droit civil, tome III Volume 5 e edition par françois chabas (suretè, publicité foncière).

17) PATARIN JEAN:

Le nantissement sur les films cinematographiques (loi 22.2.1944) sous la direction de Hamel Jean) Page 346 et suite.

18 PLANIOL ET RIPPERT G:

Traité pratique de droit civil Français, Tome XIII , "Suretès relles" avec le concours de BELQUE. E, 1e Partie.

19 RIPPERT G:

1) Traité élémentaire de droit commercial, 4e edition Tome I Paris 1959.

2) Traité élémentaire de droit commercial, 9e edition. Paris 1977 par ROBLOT Renè.

20 RIPPERT G ET ROBLOT R.

Traité élémentaire de droit commercial. Tome II. 8e edition 1976.

21 ROGIER SUZANNE :
De la mise en gage des créances en droit français. Thèse. 1929 PARIS.

22 TERKI NOUREDDINE:
Les obligations (responsabilité civil et règime Général) ALGER 1982.

23 V I V A N T E :

- Traité de droit Commercial . Tome IV, les obligations, 1907 - 1909 PARIS. 5e traduction par ESCARA. J sur la 3e edition.

24 - WEILL ALEX ET TERRE FRANCAIS:

Droit civil, les obligations, 2e edition DALLOZ 1975.

- الفهـــــــــرس -

الصفحة

./.

الصفحة

./.

الصفحة

./.

الصفحة

القسم الثاني

./.

الصفحة

——

ملحق : الاخطاء المطبعية

الصفحة	السطر	الخطـأ	الصـواب
مقدمة			
7	2	التزام	التزاما
7	18	الرهن	رهن
8	9	نفذ	شذ
8	10	نزيد	نريد
8	12	جدلا فقهي واجتهاد قضائي	جدلا فقهيا واجتهادا قضائيا
8	23	الحنبلي	الحنفي
2	16	L'Ontillage	L'OUTILLAGE
4	1	لم يحلول	لم يحاول
5	15	هنو عقد	هو حق
7	23	donne	donnee
7	23	un Gage	on Gage
7	25	lettre	cette
7	25	necesoiro	necéssaire
19	12		تدور بين
19	13		يكون لديه اهلية التصرف
19	14		الصبي غير المميز
19	15		باطلا بطلانا مطلقا
22	10	أن أن يتوافر	ان يتوافر
22	19		في نص المادة 95 من قانون الاسرة الى المادة 88
23	18		نص المادة 92 من قانون الاسرة
27	2	او بالتقادم	بالتقادم
27	13	التي يمنع	التي تمنع
27	18	اشخاص	اشخاصا
29	19		ان
30	7		وجود شرط

./.

31	6	انه لا يتضمن	انه يتضمن
33	6	كلما	كل ما
34	8	الاعسار	كالاعسار
34	16	حق الاتفاق	حق الارتفاق
37	8	بأنه قابلا	بأنه قابل
40	17	مشكل الاهلية	مشكل شروط المال المرهون
45	15	الغير مخطيء	غير المخطيء
47	1	في اعطائه	في اعطاء
47	20	ان يسترد الا ماكان	ان يسترد ما كان ينبغي
48	10	حيازة الشراء	عبارة الشراء
52	6	اقرى	إقرب
52	21		يجنبنا
52	26		وراجع ص 54
53	16	فيتنتفي	فينتفي
53	19		راجع ما سبق ص 51
54	2	شر	شرط
54	7	يقول الاستاذ شمس الوكيل	يقول الاستاذ عبد الباسط جميعي اشار اليه شمس الدين الوكيل
54	7	المرجع السابق ص451	المرجع السابق ص133 حاشية رقم2
54	14	باطل	باطلا
54	19		بجوهره
54	20		عن جسامة
55	18	خساب جاز	حساب جارى
57	4	ثابتا	ثابت
57	5	معروفا	معروف
57	5	كلما	كل ما
57	6	لا يناسبه	لا يناسب
58	9		ففي جميع
59	2		لم ينفذ
59	9	ان يجل	ان يجمل
60	1		الباب
63	23		في البحث ص31 حاشية رقم 1
66	16	التزام الدائن لا يكون	التزام الدائن قد لا يكون ..
67	5	قرينة بسيطة	قرينة قاطعة

./.

67	7	ليس له يد فيه ويكفي	ليس له يد فيه باثبات السبب الاجنبي ولا يكفي
68	9	الجيازة ذاتها	الحيازة ذاتها
68	12	الالتزام بالمحافظة	ان الالتزام بالمحافظة
77	6	التزاما بناية	التزاما بعناية
78	7	حيوان	حيوانا
78	15		وله ان يسترد
80	4		الوسائل الجبرية
80	23	ما سيأتي ص 87	ما سيأتي ص 88
81	11	فيتكون	فيكون
81	12	لا يضاغ	لا يصاغ
81	7	جيل	جميل
85	4	استلزمتها	استلزمها
88	2	اعد اليه	اعيد له
88	5	ان يجوز له	ان لا يجوز له
89	8	التزام تعاقدى	التزاما تعاقديا
89	9	وتبرق	وتبرأ
89	16		سنرجوءها
92	1	يراخي	يتراخى
92	6	الذى انشأ	الذى انشىء
92	6	ومصاريف	والمصاريف
92	11	من انه الدائن	ان الدائن
93	20		ص100 حاشية رقم 2
95	7	كاستحالة الرد	كاستحالة رد
97	1	الفبرع	الفصل
97	2	الفرع	الفصل
97	10	وهذه الاثار تترتب	وهذه الاثار التي تترتب
100	8	اضرار	اضرارا
100	20		مدني سوري
100	30	للعدالة	العدالة
100	31	نجل	نجمل
100	31	المرتهن	الراهن
101	20	عدة	عديم
102	3	حسن النيةعند التعاقد	حسن النية عند التعاقد وعند التسليم

./.

102	24	بينهما	بين ما
104	25	المزاد	المزايد
107	11	بينما نص المادة	فإن نص المادة
108	5	في اوضاع عادية	في اوضاع غير عادية
111	20	ص 111	ص 106
111	22	ص 111	ص 106
112	26	ص 11	ص 105
113	5		والذى يمكن
113	8		يمتنع
113	21	13 Juillet 1957	13 Juillet 1967
116	9	انه للعقد	ان للعقد
116	10	وفي الاثار	ومن الاثار
119	3	يجوز الرهن	يجوز حق الرهن
124	10	ينوبه	ينوب عنه
125	18	التسليم الحكمي لا يصح	التسليم الحكمي الذى لا يصح
126	13	ان يتفحص عن قرب	ان يتفحص الامر عن قرب
127	6		اذ ولو كان
133	13		ان يظهرها
137	1	من انه	يرى انه
153	24	Alloz	Dalloz
156	13	صور الجديد	صور التجديد
156	15	يشترط حصول الاتفاق	يشترط ان يكون حصول الاتفاق
174	11	المبحث الثالث	الفصل الثاني
180	15	تجاوز قيمته	تجاوز قيمة المال
181	9	يكون المال المرهون اقل	يكون المال المرهون والالتزام المضمون اقل
182	12	Bry	Aubry
183	27	عقد مدني	عقدا مدنيا
183	29	التزام	التزم
184	21	17: Volume	1èr volume
185	10	بعقد البيع	عقد البيع
186	17	Touen	Rouen
189	9	المبحث الثالث	الفصل الثاني
191	13	طالبا من	طالبا منه

./.

197	18	MARY	MARTY
200	4	يراد به على الغير	يراد به النفاذ على الغير
202	13	دائنين ام ممتازين	دائنين عاديين ام ممتازين
203	19	للدائن الاحتجاج	للاحتجاج
205	19	نص	نصا
206	9	الان الابلاغ	ان الابلاغ
206	19		عن التذكير من ان
206	20		ظاهرة ومستمرة
211	28		وقد اجمع
213	12	ما نمي	ما نمو
213	20	Manime	Unanime
214	20	من عقود الابحار	من عقود الايجار
214	21	لقاعاة	لقاعات
216	25	VONVENTION	CONVENTION
220	13	الديون في المادة 31 تجارى	الديون في المادة 31 تجارى نص على
220	21	نص المادة 2075 مدني فرنسي	نص المادة 91/4 تجارى فرنسي
221	24	بالمنازلة	بالمناولة
225	9		بموقف
225	23	ما سبق ص: 242	ما سبق ص 224
228	4	الكتابة عند الرهن يكون ضروريا	كتابة عقد الرهن تكون ضرورية
228	5	انه ضرورى	انها ضرورية
228	17		في البحث: 43، ص199/219 وراجع ص: 198
228	24	CONTITUTION	CONSTITUTION
229	8		والفقرة الثالثة منها تنص بمايلي :
230	3	تجارية او مدنية	التجارية او المدنية
232	25	التامينات	التاسيس
233	8	TIRES	TITRES
237	10	ثبوب	ثبوت
240	15	لم يكتفي	لم يكتف
243	5	في حالة الرقبة	في حالة مالك الرقبة

245	11		الشركة المدينة
245	12	تكون مدينة بالرد	تكون مدينة برد
251	5	في اى اجراء	من اى اجراء
251	7	بالطرق	بطرق
254	2	مدني ام تجارى	مدنيا ام تجاريا
256	20		عبارة السوق اعم
258	2		من المزايدين
266	2	بالشكال	باشكال
272	6	بمميزات	بالمميزات الاتية
273	1	نص المادة 2/93	نص المادة 2/33
273	3	نص المادة 2/33	نص المادة 2/93
273	10	عونا للدولة مختصا	عون للدولة مختص
274	6	مضر بالغير	مضرا بالغير
274	7	انه طالما	طالما
274	10	بان التنازل	بالتنازل
274	21	من ظروف	من الظروف
275	15	وان التقييم بواسطة خبير يكون ضروريا	وان التقييم بواسطة خبير لا يكون ضروريا
275	15		ميسرا
275	23	Pris	Prix
279	11	ولا ففرق	ولا فرق
281	2	لعدم	ولعدم
282	11		تمليك عند عدم الوفاء
283	6		تثار
284	1	الوارد على الديون	الوارد على النقود او الديون
285	12		في البحث ص: 157
285	14		ص 84 حاشية رقم 4
285	18	MARTYR	MARTY
286	8	ام	او
287	19		Allemand
289	3	زيدة	زبدة
289	20	بالتسليم السند	بتسليم السند

بالاضافة الى هذه التعديلات: تنبه القارئ الكريم بأن يقرأ عبارة nantissement بدلا من nautissement واسم الدكتور محمد حسنين بدلا من الحسنين واسم الدكتور محمد وحيد الدين سوار بدلا من احمد . . . اينما وجدت هذه العبارات في البحث وشكرا .